

DEL
PRINCIPIO DI NON-RETROATTIVITÀ

IN
DIRITTO E PROCEDURA PENALE

CENNI
DI
BASILIO CALDERINI

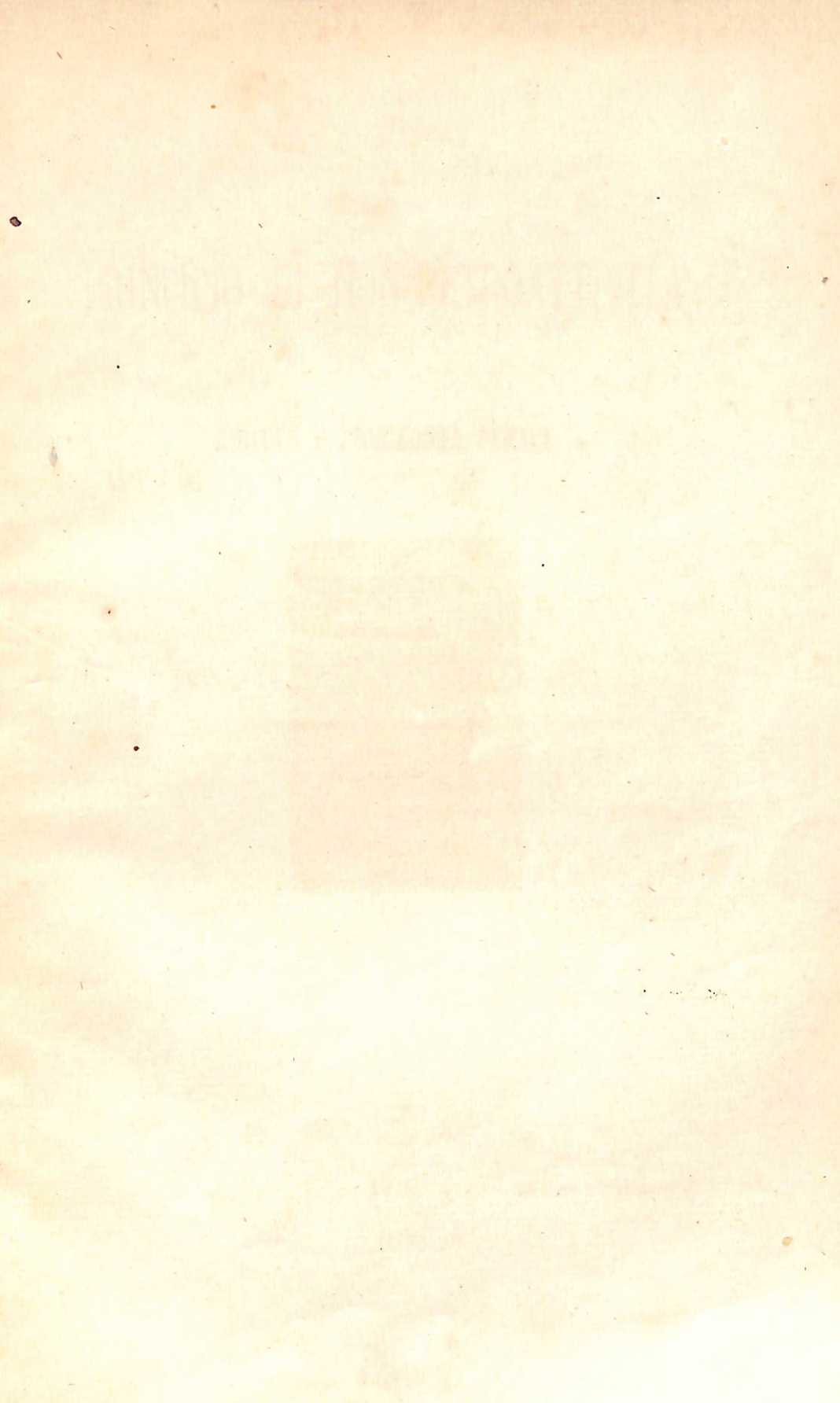
TORINO
TIP. E LIT. CAMILLA E BERTOLERO
Piazza Vittorio Emanuele, N. 1
1875.



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
—
Legato Anselmi

OA. - b

331



DEL
PRINCIPIO DI NON-RETROATTIVITÀ

IN
DIRITTO E PROCEDURA PENALE

CENNI

dell'Avvocato

BASILIO CALDERINI

RIPETITORE DI GIURISPRUDENZA

NEL

COLLEGIO CACCIA

TORINO
TIP. E LIT. CAMILLA E BERTOLERO
Piazza Vittorio Emanuele, N. 1
1875.



PRINCIPIO DI NON-RETROATTIVITÀ

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

GENI

Il principio di non-retroattività è uno dei cardini del diritto penale moderno. Esso stabilisce che la legge penale non può essere applicata a fatti commessi prima della sua entrata in vigore. Questo principio è fondamentale per garantire la certezza del diritto e la tutela della libertà individuale. In un sistema giuridico che si fonda sulla legalità, l'individuo deve poter conoscere in anticipo le conseguenze penali delle sue azioni. L'applicazione retroattiva della legge penale violerebbe questo principio e costituirebbe un'arbitrarietà inaccettabile. Il principio di non-retroattività è espressamente sancito in numerosi ordinamenti giuridici, tra cui quello italiano, che lo considera un principio di diritto fondamentale. La sua osservanza è essenziale per assicurare l'equità e la giustizia nel processo penale.

PROEMIO

Tutte le opere dell' uomo sono per natura imperfette e capaci di perfezionamento. Sarebbe perciò vano ed inconsulto il fissare il diritto positivo, opera umana grandemente complessa e difficile, nel senso di renderlo immutabile. Immobilizzare il diritto è condannare il progresso. Il diritto, che rappresenta la vera essenza della vita d' un popolo, deve necessariamente essere variabile come la civiltà, modificarsi e migliorarsi col modificarsi e migliorarsi dell' uomo.

Questa, che è una verità per ogni ramo del diritto, è verità specialmente per il diritto e la procedura penali, in cui, dei due elementi costitutivi della legge, *giustizia* ed *utilità*, il secondo elemento, relativo e variabile, domina più che nelle materie civili. La legge penale, dovendo contenere l' espressione dello stato sociale, la rivelazione dei suoi bisogni forse più che gli altri rami del diritto, si mostra mobile e progressiva; per le sue restrizioni in paragone della legge morale è variabile come tutto quello che trovasi sotto l' impero di circostanze di fatto: essa deve parlare un linguaggio conosciuto, contenere l' espressione dello stato sociale del momento; stret-

tamente legata alla Legge politica, un cambiamento in questa deve indurre un cambiamento in quella, perchè non diventi oppressiva o rimanga insufficiente.

Quindi è manifesto che il *gius* transitorio penale, il quale si propone di stabilire le norme, secondo cui la libertà individuale e la sicurezza sociale devono essere equamente tutelate nel passaggio da una ad un'altra legislazione, sarà sempre degno di tutta la considerazione dei dotti.

L'Italia è vicina a veder soddisfatte le sue giuste e nobili aspettative ottenendo un nuovo Codice penale già lodato ed in molte parti imitato dalle Nazioni più civili d'Europa, e il quale affermerà novellamente che la Nazione italiana è degna culla del diritto; ben possiamo dire che da meglio di dieci anni i dotti e soprattutto quelli che esperimentarono i beneficii dei Codici della Toscana reclamano una riforma, quando parziale, quando totale, del Codice di procedura penale; nè sarà forse lontano il giorno, in cui, gl'infaticabili reggitori della pubblica cosa porranno mano anche a quest' ultima riforma, mentre provvedono fin d' ora alle modificazioni più urgenti. Nutro quindi speranza che non saranno per riuscire del tutto inutili alcuni brevi cenni, in cui mi sforzerò di riassumere la dottrina della retroattività in diritto e procedura penali.

Già le molte riforme legislative introdotte sul finire del secolo passato diedero occasione agli studiosi di coltivare questa materia; ma pochissimi sono quelli che l'abbiano spiegata ampiamente e sotto ogni suo aspetto, soprattutto in Italia. E la dottrina della retroattività della legge penale è così complessa, così variamente apprezzata, che ho stimato fatica non dispregevole quella di tentare di stabilirne convenientemente i principii e ricercare quel criterio giuridico, senza di cui è facile, in argomento così molteplice, così minuto, che tutti abbraccia i momenti del diritto e della procedura, perdersi in una casuistica, in mezzo ad una congerie di fatti e soluzioni contraddittorie.

Mi resta però il rammarico grandissimo, che lo scopo speciale, cui viene destinata questa memoria, non mi permetta di consacrarle tutto quel tempo e quelle cure, che sono indispensabili perchè un lavoro qualsiasi riesca meno imperfetto. Sarà cionullameno per me gran ventura e mi riterro pienamente appagato, se avrò dato occasione a nuovo e migliore esame dell'importante argomento.

CONSIDERAZIONI GENERALI.

Io affermo anzitutto, che mi sembra vano ogni tentativo di risolvere con sicurezza e con uniformità di vedute un quesito qualsiasi intorno al diritto penale, senza risalire ai principii, che servono di base a tale diritto. La soluzione di questo problema, il quale si presenta tosto sul limitare della scienza penale è di tale importanza, che si riflette su quasi tutte le parti del diritto. Come non si potrebbe ben comprendere e stabilire in che consista il reato, quale ne sia la misura, quali gli effetti, quale la indole e misura della pena e come si debbano risolvere molte altre questioni, senza aver ben precisato quale sia il fondamento del diritto di punire, così non può comprendere e stabilire degnamente, quale sia la efficacia della legge in ordine al tempo, chiunque non si elevi a quei principii.

Parimente fallirà alla sua meta colui, che volendo ricercare se la legge procedurale penale sia per natura retroattiva o non retroattiva, non abbia preso le mosse da considerazioni fondamentali sul carattere di essa, se non avrà stabilito il suo legame col diritto penale e col diritto pubblico.

Il perchè io giudico conveniente di porre rispettivamente a capo della trattazione della retroattività in diritto e in procedura penale la teoria sul fondamento del diritto di punire e quella sul carattere della legge procedurale.

Per tal modo il presente lavoro riuscirà naturalmente diviso in due sezioni; l'una del principio di retroattività in diritto, l'altra dello stesso principio in procedura penale.

E siccome, senza che anticipi sopra nozioni, che devono fare più tardi oggetto di esame, io sono d'avviso che le leggi sulla prescrizione non hanno un carattere ben determinato, ma un carattere misto, che partecipa ad un tempo del carattere del diritto, della procedura e delle leggi d'ordine pubblico, così alle due sezioni aggiungerò una terza, la quale comprenderà l'esame del principio di retroattività riguardo alla prescrizione.

SEZIONE PRIMA.

Principio di retroattività in diritto penale.

TITOLO I.

Fondamento del diritto di punire.

Giustizia ed utilità, moralità e sensibilità, spirito e materia è il dualismo, che governa l'umanità ed affatica la scienza.

La lotta fra questi due principii si manifesta anche nel tema della ricerca del fondamento del diritto di punire, spettante all'autorità sociale.

Riconosciuta l'insufficienza dei mezzi preventivi, impotenti a distruggere un atto volitivo, che prodotto dalla naturale inclinazione al male liberamente si dispone ad offendere l'ordine sociale, è necessità riconoscere nella sovranità il diritto di reprimere queste trasgressioni, ossia il diritto di punire; eccetto che si voglia rendere impossibile ogni convivenza sociale ed il conseguimento dello scopo assegnato dal sommo Vero alla creatura umana. — Era quindi cosa naturale che quasi tutti i popoli riconoscessero in ogni tempo nella società una cotale facoltà di punire.

Ma quando i cultori della scienza vollero ricercare il fondamento razionale di tale podestà, si manifestarono dissensi e sorsero differenti dottrine, le quali tutte discendono da un

triplice ordine d' idee — giustizia morale — utilità — giustizia morale temperata dalle esigenze sociali.

La prima dottrina, la quale annovera fra i suoi più illustri seguaci il celebre Kant nei *Premières principes du droit*, l'Hencke, il Guizot, il de Broglie, il de Remusat ed il nostro Mamiani, non si appaga fuorchè dell'assoluto; dottrina di quelle anime rette, che sentono profondamente la voce della verità e vogliono che venga integralmente praticata anche nei rapporti esteriori degli uomini. Essa risale allo spiritualismo puro, ravvisa nell'azione punitiva l'esclusiva applicazione d'un principio di assoluta giustizia ed, affermando che si punisce *quia peccatum est*, è condotta alla formola del talione morale « il bene merita bene, il male merita male »; la giustizia non è soddisfatta ed il reo non è degno di riprendere il suo posto in società, se non quando, mediante il male che deve subire, siasi purgato dal male che ha commesso. Fondamento del diritto di punire è la giustizia assoluta e la società è interprete e custode della piena facoltà punitrice divina. La legge penale positiva risolve soltanto una questione di giustizia, adombra per intuizione della coscienza universale del popolo l'imperativo categorico divino, il quale esercita incessantemente il suo impero su tutto il corpo sociale e deve quindi essere incessantemente osservato.

Ma tale teorica, che viene chiamata giustamente assoluta, errando senza ritegno nel dominio immenso della morale intesa in largo senso e non sapendo stabilire i giusti confini del vero campo della legge giuridica, confonde la legge etica e molte volte la legge religiosa secondo varie gradazioni col diritto, l'assunto del moralista e del teologo stesso con quello del legislatore, la giustizia morale o divina con la giustizia sociale giuridica od umana, comunque si chiami, ed autorizza in conseguenza l'inquisizione del pensiero e dei più intimi penetranti della coscienza, domandando un colpevole a render conto davanti agli uomini di un fallo, del quale il sommo Giusto soltanto ha titolo e mezzi di chiedere conto.

Dottrina attraente e sublime, ma non attuabile se non che in mezzo a coloro, che vanno scevri da umana colpa.

La seconda teorica, la quale rappresenta una vera reazione contro i principii teologico-politici, sopra i quali riposa la prima, venne strenuamente propugnata dal Montesquieu, Puffendorf, Burlamaqui, J. J. Rousseau, Filangieri, Brissot, De Warville, Beccaria, Romagnosi e Bentham. Essa ha per unica base un fatto, un interesse materiale, l'utile, il materialismo; ravvisa nella pena un mezzo per ottenere esclusivamente l'utilità ed, affermando che si punisce *ne peccetur*, proclama la massima gretta e brutale, che le punizioni sono giuste perchè sono utili a chi le prescrive; nè vi ha pena così crudele, che non riesca a giustificare. La società soltanto è giudice di quell'utilità, la quale sostanzialmente è il principio signoreggiante di tutti i sistemi, che non risalgono ad un principio morale; è quindi vano ogni diritto di difesa nel delinquente. In fine la legge penale contiene una semplice soluzione d'una questione di necessità, giacchè non fa che apprezzare politicamente quali sono i mezzi per raggiungere l'utile maggiore nelle attuali contingenze d'un popolo.

Ma anche questa dottrina, che, appoggiata ad una nozione contingente, è detta relativa, è radicalmente erronea e, non altrimenti che la teorica assoluta, incapace di giustificare il diritto di punire in società. Partendo dal principio proclamato dal Bentham e implicitamente accolto dai seguaci di lui in questa teoria « che la legge morale non è che l'arte di dirigere le azioni degli uomini in modo atto a produrre la somma massima di felicità », non solo nega un ordine giuridico, in base al quale si possa esercitare il diritto di punire, ma sconvolge lo stesso ordine morale dalle fondamenta. Guidata da un consigliere incerto e fallace come l'interesse, riduce il diritto penale ad una meccanica di mezzi e contro mezzi arbitrari, variabili a capriccio ed applicabili, direi quasi indifferentemente, all'innocente ed al colpevole, in nome della massima spartana:

salus populi suprema lex esto. Sicchè sarà tanto più buona la pena, quanto più severa, perchè proteggerà meglio il corpo sociale dagl'insulti individuali.

La terza dottrina, la quale conta fra i suoi seguaci gran parte dei criminalisti moderni, fra cui l'Haus (1), il Bertauld (2) e Trebutien (3), e che è veramente la più consona ai precetti della scienza penale, contempera e circoscrive i due principii, che servono di base ai due esposti sistemi e, ritenendo per una parte, che l'uomo non ha diritto di punire il suo simile in nome della giustizia morale assoluta, di cui il potere sociale non deve usurpare la divina misteriosa prerogativa, circoscrive il diritto di punire entro i limiti della necessità sociale; per l'altra parte poi, non ammettendo che si abbia il diritto di immolare un solo uomo all'interesse dell'universo, fa discendere il diritto di punire dalla giustizia morale. Tale dottrina non è adunque che disconosca quanto vi ha di buono e di vero nelle due prime teoriche; ma, riducendole ai giusti limiti, non dà al diritto di punire sociale l'estensione del diritto di punire divino, non comprende la religione nè l'etica nel diritto, vuole il rispetto della giustizia morale solo in quanto tale giustizia debba essere inesorabilmente osservata per la convivenza sociale, solo in quanto si manifesti nei rapporti esteriori fra gli uomini. Pone a fondamento del diritto di punire non la intrinseca ed eccellente bontà della legge morale, nella sua interezza, ma solo in quella parte, la quale deve imprescindibilmente venire osservata, acciocchè la vita sociale possa conservarsi e camminare al suo scopo, ma solo in quella parte che regola i rapporti della vita sociale degli uomini.

Così la sovranità non potendo disconoscere il titolo per cui opera, esercita il diritto di punire per raggiungere un fine relativo alla vita sociale degli uomini, per regolare la libertà

(1) *Principes généraux du droit pénal.*

(2) *Cours de Code pénal.*

(3) *Cours élémentaire de droit criminel.*

esterna degli uomini negli stessi rapporti, adoperando mezzi sensibili nello scopo di ottenere la reintegrazione dell'ordine sociale offeso, e non si arroga l'altissimo ufficio del moralista. l'oggetto del quale ultramondano ed infinito non potrebbe raggiungere coi suoi mezzi imperfetti. Opera insomma per la conservazione dell'ordine giuridico e non per la conservazione di tutto l'ordine morale, benchè ordine giuridico ed ordine morale abbiano una origine veramente comune e l'uno l'altro soccorra.

Posta per tal modo la base del diritto di punire in società, prima di dedurne il corollario che deve guidarci nella soluzione delle questioni di *gius* transitorio penale, converrà formulare nettamente e con ispirito analitico tutte le questioni, a cui si riduce la teoria della retroattività in diritto penale.

TITOLO II.

Questioni a cui si riduce la teorica della retroattività in diritto penale.

Contenendo le leggi penali, per mezzo delle quali si traduce in atto il potere punitivo, un elemento essenzialmente mutabile, ed essendo per natura progressive, come il movimento non mai interrotto della umana civilizzazione, sorgeranno necessariamente nel passaggio dall'una all'altra legislazione multiformi questioni di *gius* transitorio criminale, le quali tutte, a mio avviso, si possono ridurre alle seguenti:

I. Se una legge penale nuova possa colpire un fatto anteriormente consumato, ovvero, se un'azione può essere dichiarata reato, il suo autore punito da una legge posteriormente pubblicata e messa in vigore;

II. Se una legge penale più mite, vigente al tempo del

giudizio, debba retro-agire sopra un fatto criminoso, perpetrato sotto una legge più severa ;

III. Se una legge penale più severa, vigente al tempo del giudizio, possa retro-agire sopra un reato commesso sotto una legge più mite ;

IV. Se una legge penale più mite debba retro-agire sulla sentenza passata in cosa giudicata vigente legge penale più severa ;

V. Se una legge penale più severa possa retro-agire sulla sentenza passata in cosa giudicata vigente legge penale più mite ;

VI. Se una legge penale nuova, che cancella dal novero dei reati un'azione, debba agire sopra quest'azione anteriormente commessa e ritenuta come reato ; ossia, se possa punirsi come reato un'azione che cessò d'essere ritenuta come reato.

Di tali questioni, come vedremo di poi, l'una può essere contenuta nell'altra, e la soluzione di questa comprendere la soluzione di quella.

Cionondimeno, io penso che sia conveniente esaminare ogni quesito partitamente.

TITOLO III.

Applicazione della teorica del fondamento del diritto di punire alla soluzione delle questioni di *gius* transitorio penale.

Convertrà avanti tutto indagare, in un esame preliminare della materia, se un criterio solo, dedotto come corollario dalla dottrina sulla base del diritto di punire, possa bastare per risolvere tutte le questioni di *gius* transitorio, le quali molte volte sembrano contraddittorie fra di loro, e regolate da principii molto diversi.

Benchè non si possa sperare che dottrine erronee debbano condurre a risultati meno che inesatti, tuttavia non sarà inopportuno, per meglio apprezzare le varie opinioni sulla retroattività, ricercare se i principii sopra cui riposano le due prime teorie sul fondamento del diritto di punire, basterebbero a risolvere i quesiti di *gius* transitorio penale.

Se noi seguendo gl'insegnamenti del Kant, dell' Hencke, del Guizot, De Broglie, De Remusat e Mamiani, avessimo accolto la teoria assoluta che pone a fondamento del potere punitivo la giustizia divina, il sommo vero, saremmo per ciò medesimo stati tratti ad ammettere, come legittimo corollario, la soluzione di ogni questione intorno al *gius* transitorio penale, nel senso che ogni legge penale è assolutamente retroattiva. La legge colpisce, secondo questa dottrina, il passato e l'avvenire indifferentemente i fatti consumati ed i consumandi. La giustizia assoluta, al cui trionfo il potere punitivo deve incessantemente mirare, reclama la punizione del trasgressore di ieri, come quella dell'oggi. La legge penale, ultimo e per presunzione incontrovertibile migliore postulato della giustizia, come dev'essere subito rispettata da tutti i membri della società, così deve immediatamente e retroattivamente in ogni caso venire applicata dal giudice.

La legge nuova più severa deve retro-agire non altramente che la più mite, perchè deve riguardarsi come un mezzo più energico, e quindi migliore di ottenere la correzione del delinquente; parimente, essendo ogni modificazione della penalità, una più esatta misura della espiazione, deve necessariamente essere applicata anche a coloro i quali anteriormente alla nuova legge positiva, hanno violata la legge morale. Il potere punitivo agisce in base all'ordine morale che si presume a tutti conosciuto; deve per ciò stesso rispettarsi da tutti. La legge penale che in sostanza è confusa colla morale, deve essere applicata retroattivamente, come insita e promulgata nella coscienza d'ognuno.

Senza questa immediata attuazione della legge, manca la

satisfazione riguardo al delinquente, non meno che riguardo all'ordine morale offeso, non si ottiene la *emendazione*, non la *espiazione*, non quel qualunque scopo si propongono tutte le altre dottrine, che, battendo una via differente per dimostrare la loro verità, si riducono pur sempre al solo ed unico concetto della giustizia; manca assoluta base del potere punitivo: giacchè non vi possono essere più teorie fondate sulla giustizia assoluta, benchè più siano i modi di dimostrarlo.

Se, correndo all'altro estremo, noi avessimo fatto alleanza cogli utilitarii, per altra via noi saremmo stati condotti allo stesso corollario, alla stessa soluzione di tutte le questioni transitorie in materia penale. E per vero, l'ultima legge è l'espressione del bisogno sociale, è il mezzo più acconcio, più perfetto, meglio adatto insomma a raggiungere l'utile, sia poi l'utile dell'uno, l'utile dei molti, l'utile generale, purchè non sia temperato da un principio assoluto di giustizia. Come potrebbe la società rinunziare a questo per applicare un mezzo che ha dichiarato colla legge nuova per eccesso o per difetto insufficiente?

La teoria utilitaria si riduce ad un sistema di equilibrio gretto e materiale fra la pena ed il reato; qualunque sia la pena, che nell'ultimo suo apprezzamento la società ha giudicato conveniente contrapporre all'azione dannosa per raggiungere un'utilità, può e deve infliggersi immantinente. E la necessità di fare agire retroattivamente la legge, si fa, secondo questo sistema, meglio sentire lorquando si tratti di legge più severa. Nè deve dare pensiero alcuno il danno, che per avventura possa recarsi al delinquente, perchè, l'utile di questo deve essere subordinato a quello della società; nè si deve temere che venga offesa la giustizia, perchè questa è elemento estraneo, o s'intende già pienamente compresa nell'idea dell'utilità, e soddisfatta quando la società si è procurato l'utile della pena più efficace. Per questa dottrina è inconcepibile una legge positiva anteriore che impedisca alla società di provvedere al suo interesse.

Così, teorica assoluta e teorica relativa nell'argomento della soluzione dei proposti quesiti di *gius* transitorio penale, si darebbero amichevolmente la mano e condurrebbero, schiettamente consultate ed applicate, allo stesso risultato.

Resterebbe per tal modo inesplicabile la massima della non retroattività della legge più severa, meritamente, come si vedrà, accolta dalla legislazione e giurisprudenza.

Rammentiamo ora la dottrina da noi accolta intorno al fondamento del diritto di punire, e vediamo se essa valga meglio a risolvere e spiegare adeguatamente le proposte questioni di *gius* transitorio penale. Ricerchiamo se da tale teoria emerga spontaneo quel criterio semplice, unico, uniforme e sicuro, col quale si possa dar piena ragione delle massime, che su tale materia vennero finora a buon diritto accettate dalla legislazione e giurisprudenza, e risolvere quelle nuove questioni davanti a cui il legislatore ed il magistrato si mostrano tuttora titubanti ed indecisi. Imperocchè, solo dopo aver compiuta tale ricerca riusciremo a comprendere il vero significato e i limiti pratici della dottrina della retroattività, e rettamente applicarla.

Osserva a tale proposito un seguace della teoria mista, sul fondamento del diritto di punire, il Gabba, autorità la più competente in materia di retroattività, che il metodo di risalire ai principii fondamentali del diritto di punire è commendevole ed indispensabile, ma non gli pare, sufficiente.

Però, se riteniamo, che quasi parte integrante del fondamento del diritto di punire, secondo la nostra dottrina, è la necessità della legge positiva, la sua certezza e la certezza della sua sanzione al momento in cui si commette il reato e si infligge la pena, non pare del tutto erroneo il sostenere, che il criterio per risolvere le questioni di diritto transitorio penale, criterio, che noi poniamo appunto nella *certezza* della legge penale, discenda direttamente dai principii stessi, che costituiscono il fondamento del diritto di punire.

La necessità della legge positiva, che si fa sentire in ogni ramo del diritto, sotto il duplice aspetto della certezza dei precetti e della sanzione, si manifesta in modo eminente nel diritto penale. Per verità, nello svolgimento della ragione giuridica in questo ramo di diritto si incontrano molte parti incerte, che, lasciate nel loro essere naturale, e determinate dall'estimativa individuale, porterebbero ad un pernicioso arbitrio, che distruggerebbe la legge giuridica razionale stessa.

In vero, se base del diritto di punire, spettante all'autorità sociale, secondo i principii razionali è la giustizia, limite la necessità sociale, non potrà certamente lasciarsi all'arbitrio di ogni cittadino il difficile apprezzamento se un atto sia per sè ingiusto e soprattutto entro quali limiti le esigenze sociali ne richieggano la repressione. Oltrechè non basterebbero al difficilissimo compito le forze di un uomo solo e sarebbe fatalmente inevitabile un vero caos di giudizi e di apprezzamenti, quante sono le opinioni dei singoli, sarebbe eternamente viva una lotta fra l'individuo proclive al male e disposto ad impicciolire le esigenze sociali esagerando le proprie e falsando il sentimento di giustizia per passione e la società gelosa della sua sicurezza; per modo che la base del diritto di punire verrebbe deplorabilmente misconosciuta.

Non si potrebbe neppure sperare che riuscisse il giudice a valutare adeguatamente nei singoli casi l'immoralità intrinseca di un atto colla guida della sola legge, insita nella sua coscienza; nè tanto meno apprezzare se ed in quali limiti i bisogni sociali impongano o permettano alla società di punire quell'atto e solo, despota dei destini dell'individuo offensore e della società offesa, applicare la repressione nella sua giusta misura, conforme a giustizia e dentro i limiti della necessità sociale.

Soltanto il potere legislativo dovrà pertanto risolvere la duplice questione di giustizia e di utilità, siccome quel potere

che ha per continuo oggetto dei suoi studi l'attuazione della giustizia in mezzo alle esigenze sociali e che tutte quasi in sè comprende le intelligenze della nazione e si vale della scienza non meno che della giurisprudenza e della stessa testimonianza illuminata del pratico, che si trova a contatto coi varii elementi della società, che ne ha potuto conoscere l'attività e la forza.

Ed a quell'importante oggetto provvede il potere legislativo lorchando formula la legge penale positiva.

Non è altro infatti la legge penale che la soluzione di quella duplice questione: quella di giustizia, risolta per intuizione della coscienza universale; quella di necessità, per apprezzamento di prudenza politica. La soluzione della prima questione, risiedendo nella coscienza dell'uomo, interrogata e manifestantesi liberamente, è più facile, più uniforme in tutti i tempi, essendo la giustizia assoluta eternamente uguale; ma anche in questa non diminuiscono i pericoli d'errori se non in ragione del numero delle coscienze che sentono l'immoralità e l'ingiustizia dello stesso atto. Non è però così della seconda quistione. Qui si entra in un altro ordine d'idee; non si tratta più di ciò che si rivela da sè alla coscienza di tutti, ma di ricercare quale è lo stato della società, quali i suoi bisogni. Si deve perciò esaminare la vita in tutti i suoi particolari, in tutte quelle circostanze esterne, che possono determinare a colpire o no d'una sanzione penale un atto immorale; il quale scopo, nonchè potersi conseguire dal privato o dal giudice, viene raggiunto a stento dal potere legislativo, invocando tutto l'aiuto della giurisprudenza e della pratica.

È adunque certo che la legge penale positiva è necessaria, perchè venga riconosciuto e rispettato lo stesso fondamento del diritto di punire. Questa necessità della legge positiva, facendosi sentire non meno al legislatore che al giudice, dovrà perciò circoscrivere il campo stesso del legislatore, il quale, mentre può spaziare in tutto il campo della legge giuridica

razionale per stabilire leggi che imperino sull'avvenire, troverà limite alla sua azione sul passato nella legalità. E il potere giudiziario trovando la grave, duplice questione già risolta nella legge penale, resa certa con sanzione positiva, avrà il suo compito circoscritto e potrà applicare la legge in avvenire sempre, sul passato solo in quanto l'azione retroattiva sia conforme ai principii che guidarono il legislatore e non offenda la *regiudicata*.

Avverrà pertanto che la società, ispirandosi ai due concetti fondamentali della giustizia e della necessità sociale, senza invadere il campo della morale, affermerà una prima volta in modo diretto ed immediato il diritto di punire a lei spettante, emanando la legge penale positiva in cui si traduce quel diritto; affermerà una seconda volta in modo indiretto e mediato lo stesso diritto, applicando, colla scorta di quei due concetti fondamentali, la stessa legge penale, resa certa con sanzione positiva, ai suoi trasgressori; e praticamente se la società affermerà il diritto di punire a lei spettante nel potere legislativo in base all'ordine giuridico razionalmente considerato e dentro i limiti della legalità, eserciterà quel diritto nel potere giudiziario in base alla legalità stessa, mitigandone le conseguenze in armonia coll'ordine giuridico.

Possiamo pertanto conchiudere che, essendo fondamento del diritto di punire la giustizia assoluta, suo limite la necessità sociale, dovendo l'ordine giuridico venir conciliato colla legalità nel legislatore e nel giudice, nè il legislatore nè il giudice potranno misconoscere la verità pratica, che non si può esigere osservanza della legge giuridico-penale se non è positivamente conosciuta. Siccome poi l'ultima legge promulgata porta con sè il migliore riconoscimento dell'ordine giuridico entro i limiti della legalità e rappresenta la miglior soluzione delle due questioni di giustizia e di utilità comprese nel fondamento del diritto di punire, legittimo corollario sarà, che si debba applicare sempre la legge ultima che sia nota contempora-

neamente al reo quando commette il reato, ed al giudice quando pronunzia il giudizio.

Tentiamo ora di risolvere con questo criterio le questioni a cui abbiamo ridotta tutta la teoria del diritto transitorio penale.

CAPO I.

Della non retroattività della legge penale che stabilisce un reato nuovo.

Se, come abbiamo osservato, il giudice non può nei singoli casi determinare colla sola guida della sua coscienza l'immoralità di un atto e la necessità di reprimerlo per la necessità sociale, se tanto meno si può pretendere che ciascun individuo risolva la duplice e difficilissima questione contenuta nella legge penale per determinare quali atti possa compiere e da quali astenersi, necessaria conseguenza sarà, che nessuna azione può essere dichiarata reato, nè il suo autore può essere punito se non in virtù di una legge anteriormente pubblicata e messa in vigore, la quale attesti a tutti la malvagità intrinseca di quell'atto e la necessità di punirlo.

Dunque la legge penale non può retroagire nel senso di colpire un'azione che anteriormente alla sua pubblicazione non era ritenuta quale reato: *Nulla poena sine lege*.

Del resto condizione perchè la società possa ricorrere ai mezzi repressivi è che abbia adoperato inutilmente tutti i mezzi preventivi. Ora, essendo la legge penale, in quanto contiene una minaccia, un mezzo preventivo, punendo fatti prima d'averli condannati con una legge penale, si puniscono forse illegittimamente atti, che la minaccia sola della pena avrebbe prevenuti: *Moneat lex antequam feriat*.

Questo principio, che pure è così elementare e che discende immediatamente dal fondamento del diritto di punire, non venne riconosciuto completamente, se non nel secolo scorso.

Non è gran tempo che la pena si lasciava all'arbitrio del giudice. In Francia fu anzi violato il principio della non retroattività della legge penale da un decreto 1 maggio 1812 (1), che venne poi messo fuori di vigore, secondo il Boitard, colla Carta Costituzionale del 1830 e che il governo di Parigi tentò di richiamare in vigore nel 1832 nel proclamare lo stato d'assedio, e nella Scozia la Suprema Corte di Giustizia conserva ancora il potere di punire con pena arbitraria, purchè non sia capitale nè di mutilazione, qualunque azione punibile non contemplata dalle leggi penali (2).

Però il principio di non retroattività sopra un'azione lecita anteriore, propugnato dapprima dal celebre Beccaria, non tardò a far cammino, come quello che, mentre completava la vera teoria del fondamento del diritto di punire, contiene un vero principio costituzionale a guarentigia della libertà individuale. La più esplicita dichiarazione di tale principio è un portato della rivoluzione francese. Nella dichiarazione dei diritti dell'uomo (3) si stabilisce che « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ».

Tale dichiarazione venne pure ottimamente accolta in molti statuti fondamentali e carte costituzionali, come nella costituzione francese 24 giugno 1793 (4), in quella del 3 fruttidoro anno III (5), nella costituzione degli Stati Uniti d'America (6) e nella costituzione belgica (7).

Identica disposizione si trova poi in quasi tutti i Codici penali d'Europa di questo secolo e nel Codice penale germanico, nel belgico, nel Codice per gli Stati Sardi, e nel progetto di

(1) Art. 8 e 10.

(2) HUME. *Comment on the law of scotland*, vol. 1, p. 12.

(3) Art. 8.

(4) Art. 8.

(5) Art. 14.

(6) Art. 1.

(7) Art. 9.

legge per l'approvazione e l'attuazione del Codice penale del regno d'Italia (4), il quale dichiara che « Nessun fatto è punibile se non per espressa disposizione della legge e con pene stabilite prima che fosse commesso ».

Ed è oramai tale principio così entrato nei costumi dei popoli, che nello stato attuale della civiltà e della dottrina come è impossibile che il legislatore faccia una legge espressamente retroattiva nel senso indicato, fosse anche velata sotto forma di legge interpretativa, così la coscienza pubblica si solleverebbe indignata contro il giudice che realizzasse una pena non ancora conosciuta quando si commise il reato.

CAPO II.

Della retroattività della legge più mite vigente al tempo del giudizio.

Se la legge penale vigente al tempo del giudizio è più mite di quella vigente al tempo della esecuzione del reato, la prima legge dev'essere applicata retroattivamente.

Basterà risalire ai principii razionali, che stanno a fondamento del diritto di punire, basterà richiamare l'ultimo corollario di quella dottrina, perchè sia in modo inconcusso dimostrata quella retroattività.

In vero la società non può punire se non invocando la giustizia assoluta e la necessità sociale ad un tempo. Qualunque pena, che oltre ad essere giusta non sia necessaria, non è legittima, offende la giustizia sociale. La pena più mite, vigente al tempo del giudizio, è la sola legge che soddisfaccia a quei requisiti; la legge più severa, vigente al tempo della consumazione del reato, fu dichiarata eccessiva, fu condannata dalla più mite, la quale, come l'antica fondata sulla giustizia, provvede sufficientemente alle necessità sociali.

(4) Art. 1 del progetto presentato al Senato dal ministro Vigliani. - Seduta 24 febbraio 1874.

Insomma la legge più mite vigente al tempo del giudizio ben può dirsi ch'era nota al reo quando commise il reato, giacchè la legge più severa, allora vigente, comprendeva in sè la legge penale più mite vigente all'epoca del giudizio; è nota al giudice, giacchè vige appunto nel momento in cui deve operare; rappresenta il giudizio migliore conosciuto intorno all'ingiustizia dell'atto commesso e che si vuol giudicare e segna meglio d'ogni altra il limite entro cui deve punirsi. Quindi è la sola legge, che può e deve applicarsi nell'interesse della giustizia sociale. Così operando si fa cessare un'ingiustizia sociale che si commetterebbe coll'applicazione d'una legge giudicata eccessiva e si agisce conformemente al titolo che autorizza la società a punire, applicando la legge ultima nota contemporaneamente al reo quando commise il reato, al giudice quando pronunzia il giudizio.

Il principio della retroattività della legge più mite vigente al tempo del giudizio è certo più antico, che quello della non retroattività della legge nuova. Le dottrine assolute, che trionfarono nelle prime società, dimostrarono essere più conforme alla dottrina morale della pena, alla dottrina della espiazione e della emendazione, il principio della retroattività in ogni caso. Presso quei popoli, che, confondendo l'ufficio del potere civile con quello del potere morale e religioso, non segnarono i giusti limiti fra la legge etica e la legge giuridica, si ritenne necessariamente per una morale necessità la retroattività della legge più mite; non tanto perchè più mite, quanto perchè ultima e quindi giudicata più conforme alla morale. Così non fu del principio della non retroattività della legge introducente un nuovo reato; la quale, secondo la stessa dottrina, avrebbe dovuto essere egualmente retroattiva che la legge più mite vigente al tempo del giudizio. Ci volle molto tempo avanti che i più comprendessero le gravi ragioni per cui non si può punire se non in nome d'una legge conosciuta e sulle quali è veramente riposta la teoria della non retroattività della legge, introducente un nuovo reato.

Non deve quindi far meraviglia se la retroattività della legge più mite vigente al tempo del giudizio fosse già conosciuta presso i romani e sia ora solennemente proclamata da quasi tutti i codici dei popoli civili; dal Codice penale francese del 25 settembre 1791 (1), al Codice penale belga del 1867 (2), al sardo (3) ed al progetto del Codice italiano (4) nel quale si stabilisce, che « se la pena stabilita dalla legge al tempo del reato e quella stabilita *al tempo del giudizio* (alla quale formula venne però sostituita, dietro proposta del Pessina, quella *dalla legge posteriore*) sono diverse, si applica la più mite ».

Anche questo principio fondamentale della dottrina di diritto transitorio penale, nello stato attuale della scienza, è adunque fuori d'ogni discussione, e si può ritenere come un vero assioma.

§ 1.

Della legge penale intermedia fra l'esecuzione del reato e la condanna.

Accade talvolta che, fra il tempo della consumazione del reato e quella del giudizio, succedano l'una all'altra tre legislazioni diverse, di cui la prima, vigente quando si è consumato il reato, sia la più severa, la seconda, intermedia, la più mite, l'ultima, vigente al tempo del giudizio, meno severa della prima e più severa della seconda. — Porterà la circostanza che esista una legge intermedia, più mite delle due, alcun cambiamento sulla soluzione del quesito, o si dovrà applicare senz'altro la legge più mite fra quella vigente all'epoca del reato e quella vigente all'epoca del giudizio, ossia quest'ultima?

(1) Art. ultimo.

(2) Art. 2.

(3) Art. 3.

(4) Art. 2, § 2, Progetto citato.

Non esito ad affermare che della legge intermedia non si deve in alcun modo tener conto. Essa non ha nessun rapporto col reato, nessuno col giudizio; fu condannata come insufficiente a tutelare la società. Non si potrebbe invocare per considerazione di giustizia, perchè all'epoca in cui si tratta di applicare la legge non cessa d'essere giusta l'ultima legge anche più mite di quella vigente all'epoca del reato; non per motivi di utilità, perchè è condannata come insufficiente dalla prima e dall'ultima legge.

Non è un semplice favore, non è un atto di spirito pietoso ed umanitario l'applicazione della legge più mite, vigente al tempo del giudizio ad esclusione della legge più severa, vigente al tempo della esecuzione del reato. Tale applicazione è un atto di vera giustizia, perchè rimpetto ad una seconda legge più mite vigente al tempo del giudizio, la legge più severa, imperante durante la consumazione del reato, ha cessato d'essere giusta, perchè venne dichiarata esorbitante, e la società contraddirebbe a se medesima se dichiarasse da un lato che legge più giusta e più conforme all'utilità sociale è la più mite, e continuasse ad applicare la prima. Perchè si dovesse applicare la legge intermedia più mite, occorrerebbe che l'ultima legge producesse un vero peggioramento sulla condizione che faceva al reo la prima legge, sotto la quale il reo stesso ha consumato il fatto criminoso. Ora questo non è. Anzi la terza legge, come anch'essa più mite della prima, ha migliorato la condizione del reo; era conosciuta al reo, quando operava, come virtualmente contenuta nella prima; è conosciuta al giudice nell'epoca del giudizio, perchè serve di base al suo esercizio del diritto di punire; contiene la migliore soluzione delle due questioni a cui la legge penale deve provvedere appunto perchè l'ultima; non vi ha ragione alcuna per cui si debba applicare di preferenza la legge intermedia.

Nonostante le esposte considerazioni, moltissimi cultori del

diritto, fra cui il Mittermaier (1), l'Helie (2), l'Haus (3), il Trebutien (4), Bertauld (5), Duvergier (6), Blanche (7) e Meynne (8); molte leggi positive, come quella del Virtemberg (9), del Belgio (10); molte decisioni e sentenze (11) abbracciarono l'opinione che si debba, nel caso di cui si tratta, applicare la legge intermedia, più mite delle altre due.

Molte sono le ragioni che si adducono a sostegno di questa dottrina; ma tutte si possono ridurre alle seguenti:

Si osserva che è principio umano e civile, che nel concorso di parecchie legislazioni penali si debba applicare di preferenza la più mite « *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* » *quotiens dubia interpretatio libertatis est secundum libertatem respondendum* ».

Si osserva che la legge intermedia più mite ha tolto qualunque effetto alla legislazione antica.

Si osserva infine, che non si può, senza ingiustizia, far pesare sull'accusato il ritardo, che senza di lui colpa, fu messo nel giudicarlo, e, durante il quale, la legge intermedia perdette vigore, tanto più che il reo ha un vero diritto acquisito sulla seconda legge.

Ma tali osservazioni non reggono.

Noi ammettiamo bensì che sia conforme alla pietà, e conforme al sentimento d'un animo gentile, che abborre dal far soffrire il suo simile, l'applicare la legge intermedia, come la più mite; ma, come abbiamo già osservato, la retroattività

(1) *Arch. d. Criminalr.*

(2) *Théor. de Cod. pen.*

(3) *Op. cit.*

(4) *Op. cit.*

(5) *Op. cit.*

(6) *Man. d'instr.*

(7) *Étud. sur le Cod.*

(8) *Essai sur la retro-act.*

(9) 17 giugno 1833.

(10) *NYPELS*, vol. 1, pag. 208.

(11) Corte Cass. Parigi, 1813. Corte d'Assise di Mannheim, 1836.



della legge più mite non è un atto di umanità, ma un atto di giustizia; non concorrono, riguardo alla legge intermedia, le considerazioni di giustizia che conducono alla sua retroattività. Nè si possono applicare gli aforismi di Caio e di Pomponio sulla interpretazione più benigna; giacchè non è qui caso d'interpretazione di legge dubbia, ma di applicazione di due leggi egualmente certe. Del resto si fa la debita parte ai sentimenti generosi, di alleviare le pene del colpevole, applicandogli la terza legge, la quale è, come la intermedia, più mite della prima.

L'argomento che la legge intermedia più mite ha tolto qualunque effetto alla legislazione antica, oltrechè si potrebbe facilmente invertire contro la legge intermedia, alla quale avrebbe l'ultima legge tolta ogni efficacia, non regge perchè la relazione fra quella legge ed il fatto criminoso non può cessare finchè cessi di essere il reato stesso, cui quella legge ha dato forma e vita. Quella parte di severità, che la legge prima ha comune colla legge ultima, è appunto quella che dura come conosciuta al reo quando operava, al giudice quando opera, più giusta e meglio adatta a tutelare la sicurezza sociale, perchè ultima; e che deve perciò essere applicata al reato. Il che non potrebbe dirsi della legge intermedia, la quale è da ritenersi, estranea del tutto al reato ed al giudizio, non più esistente.

Non si può finalmente ammettere che il reo abbia un diritto acquisito sulla seconda legge, perchè questo suppone una deplorabile confusione fra le materie civili, e le materie penali, le quali hanno rapporti ben diversi col principio di retroattività; ripugna del resto l'ammettere che un colpevole abbia diritto all'applicazione di una pena, che lascia indifesa la società. Il reo ha una obbligazione penale da soddisfare per riparazione del danno sociale; ma non può vantare diritto acquisito a nessuna pena, la quale è essenzialmente cosa pubblica. È vero che il ritardo messo nel giudicarlo ha deteriorata

la condizione sua rispetto alla legge intermedia; ma i due termini per stabilire se una legge ha peggiorato la condizione del reo, non sono la legge intermedia e l'ultima, ma questa e la prima. Ora è manifesto, che rispetto alla prima l'ultima legge è più mite, e non può quindi in verun modo venir respinta la sua applicazione. Solo nel caso che la legge, che si applica, contenesse una pena più severa di quella da lui conosciuta al tempo del reato, sarebbe in diritto di richiamare la società all'osservanza di quel principio di legalità, che forma un tutto col fondamento del diritto di punire.

L'opinione sostenuta dagli avversarii condurrebbe in fine all'assurdo, che colui, il quale commise il reato sotto l'impero della legge ultima, meno severa della prima, giudicato secondo la legge ultima, fosse punito più severamente di quello, che commise il reato sotto l'impero della prima legge e venisse poi giudicato secondo la legge intermedia.

Non pare pertanto conforme alla dottrina sulla retroattività penale l'opinione seguita dalla Commissione Senatoria, incaricata di riferire sul progetto di Codice penale italiano, la quale, fondandosi in sostanza sulle ragioni da noi combattute, dichiarò di accettare la soluzione più favorevole al giudicabile, e sancì la massima che « se la pena stabilita dalla legge al tempo del reato, e quella stabilita *dalle leggi posteriori* sono diverse, si applica la più mite » (1), modificando così una seconda volta quest'articolo, col sostituire la formola *dalle leggi posteriori* a quella *dalla legge posteriore* (2) che era già stata sostituita ad una prima e più esatta formola, cioè: *a quella del tempo del giudizio* (3), nello scopo appunto di comprendere la legge intermedia.

Noi, seguendo in questo gl'insegnamenti del Van de Poll (4)

(1) Art. 2, § 2.

(2) Progetto Ministeriale.

(3) Progetto della prima Commissione.

(4) Disp. de vi legis.

Waechter (1), Krug (2), Berner (3), Boitard stesso (4) e Gabba (5), faremo voti perchè il legislatore, abbandonando il sistema finora generalmente seguito, riduca il progetto alla sua forma primitiva, e dichiarare anche in questo caso applicabile soltanto l'ultimo postulato della sapienza legislativa noto al reo ed al giudice, ossia la legge del tempo del giudizio.

§ 2.

*Dell'applicazione della nuova legge penale più mite
nei differenti stadi del processo.*

Nel succedersi delle leggi penali d'un popolo, la legge più mite può entrare in vigore in tre stadii distinti del processo — durante il giudizio di prima istanza — durante il giudizio d'appello o di seconda istanza — mentre è sporto ricorso in Cassazione, ovvero durante il giudizio di terza istanza per i paesi in cui è ammesso il sistema di tre istanze.

Ora legittima conseguenza di quanto si è detto sul carattere della retroattività della legge più mite si è, che possa l'applicazione della legge più mite invocarsi dal delinquente, o farsi dal giudice in ogni stadio del processo.

Se, in primo luogo, la nuova legge penale più mite venne attuata *durante il giudizio di prima istanza*, la sentenza dei primi giudici deve conformarsi immediatamente alla nuova legge; è dovere dei giudici applicare quella legge che, conosciuta al reo quando operava, è più conforme alla giustizia ed alle esigenze sociali, quand'anche il privato non la invochi.

Se il giudice di prima istanza non ha fatto il debito confronto delle due leggi, non vi ha dubbio che debba farsene

(1) Sächs Strafr.

(2) Comm. zu dem Sächs.

(3) Wirkungskreis des Strafgesetzes.

(4) Op. cit.

(5) *Della retroattività in materia penale*, p. 66.

carico il giudice d'appello, o di seconda istanza il quale ha il dovere di prendere in esame le circostanze dimenticate dal primo giudice e correggerne lo sbaglio, sia questo proveniente dalla non applicabilità della legge dimostrata colla dottrina della retroattività, sia proveniente da qualsiasi altra causa.

Così pure il delinquente può, fra tutti i suoi mezzi di difesa, non mai pregiudicati dal precedente giudizio, invocare la non applicabilità della legge più severa.

Se infine anche il giudice di appello o di seconda istanza dimenticasse ingiustamente il confronto fra le due leggi, il giudice di terza istanza o di cassazione, che deve vegliare alla esatta osservanza delle leggi, può e deve per la prima volta tener conto della nuova legge più mite. E questo dovrebbe tanto più ammettersi, trattandosi di sentenze, che non ammettono appello, come quelle della Corte d'Assisie.

È vero che è principio di procedura penale che « davanti la Corte di Cassazione non possano proporsi che le nullità incorse nel giudizio d'appello; e che le nullità avvenute innanzi al Tribunale non possano esservi proposte se non quando la sentenza del medesimo sia inappellabile, ovvero le nullità siansi proposte davanti la Corte d'Appello e questa non le abbia riparate (1) ». Ma nel caso in questione ben si può dire che nella nullità commessa davanti al Tribunale, siasi veramente incorso anche nel giudizio d'appello, si tratti quindi di nullità incorsa in giudizio di appello.

Del resto nullità nascenti da non retroattiva applicazione della legge interessano così altamente l'ordine pubblico, che dovrebbero sfuggire a quella regola, ed essere proponibili presso qualunque giudice fino a giudicato irrimediabile.

Se in secondo luogo una nuova legge penale più mite viene introdotta *pendente il giudizio d'appello o di seconda istanza*, la giustizia e l'interesse sociale esigono che debba il giudice d'appello o di seconda istanza tenerne conto immediatamente (2).

(1) Art. 420 Cod. proc. pen.

(2) VAN DE POLL e MEYNNE, op. cit. - MERLIN, *Repertoire*, V. *peine*.

Nè vale il dire, che il giudice d'appello deve soltanto esaminare se sussistono i fatti imputati al condannato e se fu applicata la pena designata dalla legge vigente nel giorno della sentenza del primo giudice: perchè, come osserva ottimamente la Corte di Cassazione di Parigi (1), « la pena non reputasi realmente pronunziata fintantochè esiste un mezzo legale di farla attenuare; lo che è tanto vero, che il condannato, il quale muore prima della sentenza di appello, muore *integri status*; per tal motivo il Tribunale che giudica in ultima istanza è il vero applicatore della pena; questo Tribunale deve conformarsi alle leggi esistenti al momento, in cui si pronuncia la decisione ».

Se non avrà provveduto il giudice d'appello o di seconda istanza, provvederà nello stesso caso il giudice di cassazione o di terza istanza.

Se in ultimo luogo una nuova legge più mite venisse emanata *pendente il ricorso in cassazione o giudizio di terza istanza* i supremi giudici dovrebbero tenerne conto subito, sia la sentenza di appello o di seconda istanza, sia di prima istanza. L'ultima legge, certa e più conforme alla giustizia ed alle necessità sociali, reclama la sua immediata applicazione dal giudice di terza istanza; e quanto al giudice di cassazione, se la nuova legge penale, diremo col Meynne (2), non incrimina più il fatto, la Corte annulla senza rinvio; se diminuisce soltanto la pena, conferma od annulla la sentenza, però sempre con rinvio ad un'altra Corte o Tribunale per l'applicazione della legge nuova.

Tali principii trovano una piena conferma in alcune legislazioni (3) ed in una sentenza della Corte di Cassazione di Napoli (4).

(1) Sentenza 15 marzo 1810.

(2) Op. cit.

(3) Legge 22 frimaio, anno viii. Legge belgica 29 febbraio 1832.

(4) Sent. 3 dicembre 1860. - *Ann. giurispr. ital.*, vol. 1, p. 1, sez. 2, p. 246.

CAPO III.

*Della non retroattività della legge più severa
vigente al tempo del giudizio.*

Le ragioni esposte a fondamento della retroattività della legge più mite vigente al tempo del giudizio possono, a primo aspetto, sembrare applicabili alla retroattività della legge posteriore più severa. La legge vigente al tempo del giudizio, più severa di quella vigente al tempo della consumazione del reato, rappresenta l'ultimo *effato*, in ordine di tempo, della giustizia sociale, condanna come insufficiente la legge anteriore più mite e provvede meglio alle esigenze sociali. Non parrebbe ingiusta, non isconveniente la sua retroattività.

Pure, se ben ci ricordiamo, non tutte le ragioni che stanno a base della retroattività della legge più mite, sono egualmente applicabili alla retroattività della legge più severa, ed il criterio desunto dal fondamento del diritto di punire ci condurrà necessariamente alla non retroattività della legge più severa.

La legge più severa vigente al tempo del giudizio non può dirsi, come nell'ipotesi contraria, che sia compresa nella legge più mite vigente all'epoca del reato; non era quindi nota al reo quando commise il reato. Si è detto che la società non può pretendere, che ogni cittadino risolva in ciascun atto a cui deve addivenire, la duplice questione di giustizia e di necessità; il sistema della legalità necessario complemento della dottrina sul fondamento del diritto di punire, non permette che si invochi contro il reo che quella parte di severità nella legge ultima contenuta, che corrisponde alla legge vigente al tempo del reato, e che doveva rispettarsi dal reo come il migliore giudizio sulla ingiustizia del suo atto e sulla gravità delle sue conseguenze per la sicurezza sociale. È vero che all'epoca del giudizio è manifesta la legge nuova per il

giudice e per il reo; però mentre la legge nuova è manifesta al giudice quando giudica, non era conosciuta al reo quando commetteva il reato, e noi abbiamo stabilito nel corollario, che ci guida alla soluzione delle questioni in materia di retroattività, che la legge penale da applicarsi non deve essere stata meno nota al reo nell'epoca della consumazione del reato, che al giudice al tempo del giudizio. Ora l'unica legge nota ad un tempo al reo ed al giudice, fra cui si dibatte la questione del reato, è la legge più mite.

Ben si potrebbero ancora ravvisare nella legge penale più severa, vigente al tempo del giudizio, due leggi e due pene. Una legge ed una pena che corrisponde alla legge ed alla pena vigenti al tempo del reato; una seconda legge ed una seconda pena, che rappresentano l'aumento di severità portato nella legge del giudizio. Ora questa seconda legge non esisteva ancora al tempo della consumazione del reato e non può quindi esistere rimpetto ad essa figura di reato. Epperò si possono invocare contro la retroattività della legge più severa vigente al tempo del giudizio, le ragioni stesse addotte contro la retroattività d'una legge introducente un nuovo reato.

Nè il giudice deve temere di fare un atto contrario alla giustizia assoluta, applicando la legge più mite vigente al tempo del commesso reato. Perchè la nuova legge più severa non ha per nulla condannato come ingiusta la legge antica, ma l'ha dichiarata solo insufficiente. Sarebbe, nella peggiore delle ipotesi, un atto impolitico, non ingiusto.

Facciamo quindi plauso al progetto del Codice penale italiano (1), il quale proclama questo benefico principio dell'applicazione della legge più mite fra quella vigente al tempo del reato, e quella del giudizio, principio del resto accolto oramai senza contrasto nella dottrina e già ricevuto o presupposto in tutti i Codici penali promulgati in tempi di civiltà.

(1) Art. 2, § 2.

CAPO IV.

*Della retroattività della nuova legge penale più mite
sulla cosa giudicata.*

Secondo i principii razionali, che stanno a fondamento del diritto di punire e che regolano la dottrina della retroattività, non vi ha dubbio che le ragioni, le quali legittimano l'applicazione retroattiva della nuova legge penale più mite in ogni stadio del processo, non vengono meno col sopraggiungere d'una sentenza irrevocabile. Come la società secondo i principii di giustizia non può applicare una pena, quando il legislatore rievocandola o modificandola la dichiarò eccessiva, così non può pretenderne la esecuzione, quando sia già stata comminata per sentenza passata in cosa giudicata. Alla verità proclamata nell'ultima legge e che contiene la migliore soluzione del duplice quesito di giustizia e di necessità sociale, deve uniformarsi l'autorità giudicante non solo, ma anche la esecutrice. Ogni continuazione di patimento non giustificato dalla nuova legge è un atto di crudeltà, non di riparazione alla giustizia offesa.

Ma i principii di retroattività penale devono essere messi in armonia con altri principii, che stanno a base d'ogni retta amministrazione della giustizia.

Se, come pare sostengano il Blondeau (1) ed il Lassalle (2), ad ogni mitigazione della legge penale circa un elemento qualunque relativo al reato od alla pena, il giudice d'ufficio, o dietro istanza privata, dovesse ritoccare le sentenze penali anteriori non interamente eseguite, non si saprebbe quali confini assegnare al mandato del giudice e l'autorità della

(1) Ap. MERLIN R. eff. ret.

(2) *Theorie der erworbenen Rechte.*

cosa giudicata stessa e la virtù preventiva delle pene verrebbero scalzate dalle fondamenta.

Mentre pertanto riconosciamo la verità, che la legge penale più mite secondo i principii razionali deve produrre i suoi effetti anche sulla cosa giudicata, riteniamo che in omaggio appunto alla santità della cosa giudicata e ad altre leggi che dirigono l'amministrazione della giustizia, il solo fatto della promulgazione d'una legge penale più mite non conferisca all'autorità giudiziaria la facoltà di ritornare sulle sentenze penali passate in giudicato e non intieramente eseguite.

Tale opinione non manca del più ampio suffragio della dottrina, della legislazione e della giurisprudenza; è sostenuta dall'Haus (1), dal Trebutien (2), Van de poll (3), Merlin (4), Dalloz (5) e da altri autori; è sancita nel Codice penale austriaco (6), nel Codice penale bavarese (7) e nel prussiano (8), è proclamata dalla Corte di Cassazione di Parigi (9).

Ma l'autorità della cosa giudicata, la quale in sostanza riposa sopra una presunzione legale, mentre è un limite insuperabile per il giudice, non è dogma d'infallibilità per il legislatore.

Questi, abituato a fissare il pensiero al santo obbiettivo della verità in tutto l'ordine giuridico razionale, impera sotto un certo aspetto anche sulla cosa giudicata. Nell'introdurre pertanto una legge penale più mite deve provvedere egli stesso direttamente, perchè in qualche modo si soddisfaccia alle esigenze della giustizia, ordinando espressamente, venga applicato anche alle anteriori sentenze, passate in cosa giudicata, il beneficio della nuova legge.

(1) Op. cit.

(2) Op. cit.

(3) Op. cit.

(4) *Rep.*, V. eff. ret.

(5) *Rep.*, eff. ret.

(6) 1832, art. 9.

(7) 1861, § 23.

(8) 1831, art. 7.

(9) D. R., V. *lois*, n. 374, sent. 10 ottobre 1809.

Ma se spetta indubbiamente al legislatore il potere di ritornare sulla cosa giudicata per adattarla alla nuova legge più mite, si fa poi questione se il legislatore stesso debba stabilire in proposito principii generali, oppure debba abbandonare al potere moderatore del Re il provvedervi mediante grazie speciali di caso in caso. Nonostante l'opinione di Abegg (1), il quale sostiene, che basti il diritto di grazia a mettere in armonia le sentenze già pronunziate colla nuova legge più mite, riteniamo che sia dovere del legislatore di applicare ai condannati con disposizioni generali esplicithe di diritto transitorio, i beneficii della nuova legge.

Il principio di retroattività della legge nuova più mite deve essere certo riguardo alla cosa giudicata non altramente, che riguardo ai fatti criminosi non ancora giudicati ed agli effetti delle sentenze anteriori e non può lasciarsi in balia dei rescritti di grazia in ogni singolo caso, senza pericolo che venga dimenticato, o conculcato per motivi del momento. La retroattività essendo di giustizia, va proclamata ed attuata di diritto; non può abbandonarsi alla grazia, la quale è sempre facoltativa, non circondata da sufficienti guarentigie e non rappresenta mai la soddisfazione di un diritto. Del resto non è conforme al carattere del rescritto di grazia il provvedere all'applicazione retroattiva della legge; perchè, come osserva il Lassalle (2), la grazia presuppone sempre che l'azione, che dovrebbe essere punita, sia punibile secondo le convinzioni giuridiche attuali.

È dunque certo che il legislatore deve stabilire principii generali intorno all'effetto retroattivo della legge penale più mite sulla cosa giudicata, richiamando così in via straordinaria l'azione del magistrato sulla cosa giudicata per modificarla in modo determinato e prestabilito secondo la nuova legge.

(1) *Neues Arch. d. Criminalr.*, XIII abth., 48.
Op. cit.

Ma dovrà egli stabilire principii generali ed assoluti tanto, che per forza di essi tutte le modificazioni delle leggi penali debbano profittare ai condannati? Basterà il cambiamento negli estremi del reato, nelle circostanze aggravanti o diminuenti la pena, nelle cause escludenti l'imputabilità, fatto dalla nuova legge perchè il legislatore debba con regole transitorie determinare la revisione della cosa giudicata? Dovrà il legislatore provvedere alla radicale revisione di quelle sentenze anteriori, che involgano non semplici questioni di diritto, ma un esame novello di tutto il fatto e forse con affatto differenti criterii? — Veramente la giustizia rigorosa vorrebbe, che a qualunque mitigazione in qualunque elemento del giudizio penale, facesse rispondere il legislatore una disposizione transitoria ed un mandato all'autorità giudiziaria per il provvedimento contra la cosa giudicata. Ma è tale la frequenza dei mutamenti legislativi e sono tali e tante le maniere di modificare a vantaggio del delinquente una legge anteriore, che non solo nascerebbero gravissimi inconvenienti, se si accettasse con tanta ampiezza il principio della influenza retroattiva della nuova legge più mite; ma il principio riuscirebbe assolutamente inattuabile.

Ciò che colpisce maggiormente gli animi e che reclama un immediato provvedimento, sono le differenze e soprattutto le gravi differenze nella pena. Dovrà pertanto il legislatore limitarsi a sancire disposizioni generali di diritto transitorio, che autorizzino a ritoccare i giudicati solo in considerazione di mutamenti portati propriamente nella pena, escludendo per quanto è possibile un novello esame sul fatto, il che renderebbe necessario un altro giudizio, o difficilissimo, od impossibile.

Ed ancora in questo il legislatore per evitare di cadere in un caos inestricabile e prevenire gl'inconvenienti di leggi molteplici ed incomplete, deve con disposizioni transitorie provvedere a regolare l'azione retroattiva della legge penale nuova più mite, solo nei casi più gravi, come nell'abolizione

d'una specie di pena, nel cambiamento grave portato alla stessa specie di pena. Ed in questi casi deve con disposizione espressa investire quell'autorità giudiziaria, che stimerà più competente secondo le norme di procedura, della necessaria giurisdizione e suggerirle quei criterii di congruaggio che si possono determinare a priori.

Nel caso poi di cancellazione di una data azione dal novero dei reati per la gravità del caso e per la facilità dell'applicazione deve sancire l'annullamento di diritto del giudicato.

In fine per i casi di cambiamenti meno gravi, sempre nella pena, deve invocare l'azione moderatrice del Re a provvedere esercitando il diritto di grazia.

Con che non si esclude che il Re, in casi del tutto eccezionali, possa concedere un rescritto di grazia anche a coloro, che possano invocare in loro favore un cambiamento fatto nella nuova legge in altri elementi del giudizio e non solo nella pena.

Con tutti questi temperamenti pare che possa venire applicato un principio umano e di giustizia incontestata nei modi che sono praticamente possibili.

Non sarà adesso del tutto inutile che ricordiamo i lavori del progetto del Codice penale italiano relativi alla massima della retroattività della legge più mite sulla cosa giudicata.

La Commissione compilatrice del progetto del Codice penale italiano, dopo lunghe e gravissime discussioni, approvava la massima seguente: « Se la pena stabilita dalla legge anteriore fosse già inflitta con sentenza divenuta irrevocabile, si sostituisce per eguale durata la pena di specie più mite stabilita dalla legge posteriore e si riduce al massimo della durata prefissa dalla legge medesima qualora lo ecceda. — La legge posteriore più mite si applica altresì agli effetti legali delle precedenti condanne » (1).

E la dichiarazione della retroattività, anche per la sola equi-

(1) Art. 3, § 3 e 4, Disp. prelim.

parazione delle pene e per gli effetti penali derivanti da condanne precedenti, è stata inserita come regola in questo progetto di codice, piuttosto che in disposizione transitoria, acciocchè fosse norma generale applicabile, giusta il successivo articolo 11 dello stesso progetto, anche ai futuri mutamenti di leggi speciali.

La Commissione incaricata di formare e proporre il testo definitivo del Codice penale italiano respinse senz'altro questa innovazione. Le ragioni di tale atto sono riferite nel rapporto della stessa Commissione al Ministro Guardasigilli, che giudico opportuno riferire.

« Nei principii generali era stato inserito da prima anche quello che la legge nuova, in quanto fosse più mite, si dovesse applicare con certe norme di ragguaglio anche alle sentenze già passate in giudicato ed in corso di esecuzione. Coi soli precetti della logica siffatta disposizione scaturiva dallo stesso principio, che la legge più mite s' applica anche ai casi avvenuti prima della sua attivazione e non ancora giudicati; ma considerazioni d'ordine diverso impedirono di accogliere quella massima nel senso propriamente retroattivo ora accennato. La difficoltà di fare esatto raffronto tra le pene nuove e le antiche nella loro intrinseca gravità e quella di valutare l'influenza che avrebbero avuta sulla pena le circostanze ammesse dalla nuova legge e non dalla precedente in favore del condannato; l'impossibilità di provvedere a cotali giudizi di rettificazione secondo le norme generali di procedura, mancando in specie (di solito) il giudice, che aveva già deciso il processo e massime se trattasi di cause criminali avanti ai giurati; il pericolo viceversa che vi sarebbe nell'abbandonare siffatto giudizio al potere esecutivo, ossia alle direzioni delle carceri, l'enormità finalmente del peso che in un giorno solo si riverserebbe sul potere giudiziario, incaricato di esaminare le cause delle molte e molte migliaia di già condannati, queste furono le cagioni per le quali l'innovazione non potè essere

accettata. Non era cauto avventurarsi a così ardita riforma e d'altra parte vi era la certezza che il principio nuovo da cui era dettata servirebbe più facilmente e più giustamente di base, come già serve fin d'ora, ai rescritti di grazia sovrana » (1).

Però nello schema di legge per l'approvazione del Codice (2) dove meglio per la indole loro transitoria vanno collocate, si sono inserite tre disposizioni, le quali riproducono, precisandola e migliorandola in molte parti, la dottrina sostenuta dalla prima Commissione, e che sono così concepite: « Le pene perpetue pronunziate a norma delle leggi anteriori con sentenza divenuta irrevocabile al giorno dell'attuazione del Codice per reati che esso punisce con pena temporanea, sono commutate, anche d'ufficio, nelle pene stabilite dal Codice medesimo. Tale commutazione, ritenuti i fatti stabiliti nella sentenza, sarà ordinata dalla sezione degli appelli correzionali in Camera di Consiglio, sentito il Pubblico Ministero, salvo il ricorso per cassazione.

« In tutti gli altri casi di pene più miti stabilite dal nuovo Codice non si fa luogo a domanda di diminuzione delle pene inflitte, se non in via di grazia (3).

« Le pene inflitte dalle leggi ora vigenti e non ammesse nel nuovo Codice sono, nella loro esecuzione, commutate di diritto in quelle fra le nuove pene che per natura e gravità meglio ad esse corrispondono; e saranno alle medesime applicabili le disposizioni del Codice relative alla commutazione o surrogazione del lavoro per le pene pecuniarie non pagate, all'ammissione nelle colonie agricole ed industriali ed alla liberazione provvisoria per le pene restrittive della libertà personale, non interamente scontate all'attuazione del Codice medesimo (4).

(1) Pag. 38, *Rapp.*

(2) Presentato al Senato il 24 febbraio 1874.

(3) Art. 4.

(4) Art. 5.

« Fino a che gli stabilimenti penali siano conformati al sistema di pene ordinato dal nuovo Codice, le pene si sconteeranno negli stabilimenti attuali in quel modo che sarà più conforme alle disposizioni del Codice » (1).

Alle quali disposizioni contenute nella legge per l'approvazione e la attuazione del Codice possiamo aggiungere, per completare la teoria della retroattività della nuova legge penale, più mite, il paragrafo primo dell'articolo secondo delle disposizioni preliminari, secondo cui se la nuova legge toglie dal novero dei reati un fatto punito da legge anteriore, cessano di diritto gli effetti del procedimento e della *condanna*.

Per tacere della seconda Commissione, la quale ha esagerato alquanto gli inconvenienti derivanti dalla retroattività della legge sulla cosa giudicata, e la Commissione compilatrice e gli autori dell'ultimo schema concordano adunque nella necessità di determinare alcuni principii di diritto transitorio, che regolino la retroattività della legge più mite sulla cosa giudicata; ma a buon diritto nè l'una nè gli altri stimano conveniente proclamare il principio troppo assoluto ed inattuabile della retroattività della legge più mite per ogni minuto cambiamento negli elementi tutti del giudizio.

Lo schema di legge migliora poi sensibilmente il progetto della prima Commissione, perchè pone queste disposizioni nella legge preliminare per l'approvazione e l'attuazione del Codice penale italiano, ove stanno meglio per la loro natura transitoria; perchè determina espressamente a quali commutazioni e di quali pene debba procedere l'autorità giudiziaria; perchè suggerisce il criterio di ragguaglio per il caso di sostituzione d'una pena nuova alla pena abolita, nel qual caso la commutazione di pena sarebbe peraltro desiderabile si ordinasse dalla stessa autorità giudiziaria; perchè riempie una lacuna, determinando quale deve essere l'autorità giudiziaria, che deve prov-

(1) Art. 6.

vedere alle commutazioni, e perchè infine, quasi per rendere tutto l'omaggio possibile al principio di retroattività, invita il poter moderatore del Re a provvedere a tutti i casi di leggere commutazioni di pene.

Con tali disposizioni pare che lo schema di legge applichi veramente il principio umano e giusto della retroattività della nuova legge penale più mite sulla cosa giudicata in quel modo meno imperfetto che sia umanamente possibile; e facciamo voti perchè esso ottenga l'approvazione del Parlamento.

CAPO V.

Della non-retroattività della legge più severa sulla cosa giudicata.

Il principio di non-retroattività della legge più severa sulla cosa giudicata non ha punto bisogno di venire dimostrato. Tale non-retroattività è compresa nella non-retroattività della legge introducente un nuovo reato e della legge più severa vigente al tempo del giudizio. Le ragioni addotte per dimostrare la non-retroattività in questi due casi non mutano per il sopraggiungere della cosa giudicata. Si rafforzano invece del nuovo argomento potentissimo, che si può desumere dalle difficoltà grandi, che trova a produrre la sua efficacia retroattiva sulla cosa giudicata lo stesso principio della retroattività della legge più mite.

Crediamo quindi vana ogni parola per dimostrare una verità, che, quand'anche non fosse universalmente riconosciuta come un assioma, troverebbe ogni ampia conferma nelle considerazioni sviluppate antecedentemente.

CAPO VI.

*Della retroattività della nuova legge
che cancella un reato preesistente.*

Se, come abbiamo testè dimostrato, allorquando un fatto già reputato criminoso è cancellato dal novero dei reati, si consente che la legge nuova e per la gravità del caso e per la facilità della applicazione annulli anche i giudicati di condanna ad essa ripugnanti, a maggior ragione dovrà avere effetto retroattivo la legge nuova, la quale cancella un reato preesistente, quando non vi sia ancora sentenza irrimediabile. La massima in forza di cui la legge penale, che tolga dal novero dei reati un fatto punito dalla legge anteriore, fa cessare di diritto gli effetti della condanna è l'ultima e la più energica e comprensiva espressione della retroattività della legge più mite, e comprende in sè la retroattività della stessa legge e sul reato per cui non siasi ancora iniziato il processo e su tutti gli effetti del procedimento in ogni suo stadio.

Ogni atto, non solo di esecuzione, ma di semplice procedimento contro l'autore di un fatto, che non è più ritenuto come reato, non è atto di giustizia, ma è una molestia, una vessazione, una vera offesa alla libertà individuale.

Non esistendo più il titolo per esercitare il diritto di punire, rientriamo nel caso dapprima contemplato: non può darsi reato, nè procedimento, nè condanna, se non vi ha una legge penale.

Anche questo principio è improntato ad una umanità e ad una giustizia così evidente, che venne accolto senza discussione in tutti i codici dei popoli civili e figura a capo del progetto del Codice italiano (1).

(1) Art. 2, § 2.

« La nuova legge toglie dal novero dei reati un fatto punito da legge anteriore, cessano di diritto gli effetti del procedimento e della condanna ».

APPENDICE.

Nello studiare la teoria della non-retroattività in diritto penale abbiamo sempre ragionato di legge penale in generale, senza curarci di distinguere quella legge che si riferisce ai veri reati, crimini e delitti, da quella che ha tratto alle contravvenzioni; senza distinguere legge penale, da legge di polizia, legge che contempla un'azione moralmente ingiusta e dannosa alla società, da quella che minaccia una pena all'autore di un atto in considerazione piuttosto delle conseguenze dannose le quali ne potrebbero derivare che della sua intrinseca malvagità.

Nè vi era ragione alcuna di fare differenza fra le une e le altre leggi di fronte ai canoni di retroattività. Gli atti per sè indifferenti, che vengono vietati con sanzione penale rivestono anch'essi un carattere d'ingiustizia, se non di fronte alla giustizia assoluta, rimpetto alla giustizia giuridica; il loro autore è pur sempre un violatore della legge penale; quindi le leggi di polizia non devono sfuggire alle discipline, colle quali si regola la efficacia delle leggi penali in genere.

Tutti i principii stabiliti riguardo alla legge penale dovranno perciò estendersi alle leggi di polizia, ed ogni quesito riguardo alla retroattività di questa deve venir risolto come il quesito corrispondente che riflette la legge penale. Non potrà quindi la legge di polizia colpire i fatti anteriori alla sua pubblicazione (1); non può più oltre ritenersi come delitto un fatto che fu dichiarato semplice contravvenzione da

(1) Sent. Corte Cass. di Bruxelles, 28 novembre 1853. PASIER. Belge, 1854, 39.

una legge di polizia (1); e la giurisprudenza non potrebbe essere discorde anche su tutte le altre questioni di *gius* transitorio, che, come si possono verificare riguardo alla legge penale, così si verificano relativamente alla legge di polizia.

Ragionando della stessa materia, non abbiamo parimente mai sollevato il dubbio se le regole di *gius* transitorio penale siano applicabili alle leggi penali ed alle leggi di polizia le quali si chiamano eccezionali o passeggere non altramente che alle leggi ordinarie.

In tale questione noi non esiteremmo a rispondere affermativamente. La circostanza che una legge, vuoi penale, vuoi di polizia, sia eccezionale, non muta il carattere intrinseco della legge, non fa cessare in modo alcuno le considerazioni dalle quali abbiamo dedotti i canoni di *gius* transitorio. Che altro è una legge eccezionale se non che una legge giusta e necessaria relativamente alla condizione di tempo, di luogo e di persone in cui deve produrre i suoi effetti?

La società, che in tempi normali provvede all'ordine giuridico con mezzi normali, in tempi anormali può adoperare mezzi anormali, se sono richiesti dalla necessità di tutelare l'ordine giuridico. La legge eccezionale è una legge fatta in considerazione di fatti straordinari, di bisogni speciali: in essa è vero che prevale l'elemento relativo delle contingenze; ma tale elemento resta pur sempre subordinato all'elemento assoluto, che deve concorrere nella legge. Rimpetto a quelle persone a cui in dati tempi ed in dati luoghi viene imposta ben può dirsi una legge ordinaria; epperò deve seguire le norme comuni alla legge ordinaria. Perciò si potrebbero qui ripetere tutte le regole di *gius* transitorio esposte avanti.

Citerò soltanto la seguente che ha l'appoggio della giurisprudenza. « La legge eccezionale penale, la quale comminava

(1) Sent. Corte App. di Pau. DALLOZ, V. *Lois*, N. 369.

la pena di morte agli autori di furti commessi con violenza sulla pubblica strada, ed era stata messa in vigore solo per un anno, non può più essere applicata a coloro che abbiano commesso, mentre era in vigore quella legge, il detto reato, ma vengano giudicati quando la legge eccezionale ha cessato d'essere in vigore » (1). Nè vi ha ragione di rispondere diversamente negli altri quesiti di retroattività.

Riguardo alle leggi eccezionali di polizia per altro alcuni, e fra questi il Seeger (2) ed il Gabba (3), distinguendo quelle che costituiscono un nuovo reato, da quelle che solo aumentano la pena, vorrebbero applicata la dottrina comune della retroattività a queste ultime; ma farebbero un'eccezione per le prime sostenendo, che *quando sono emanate per un certo tempo* possano essere applicate anche dopo il decorso di quel tempo per cui furono introdotte, possano cioè colpire tutti gli atti commessi mentre erano in vigore, anche giudicati dopo; perchè altrimenti le leggi di tal natura rimarrebbero affatto illusorie e perchè la retroattività è insita nella stessa natura di queste leggi, di modo che quelle formano una vera ed unica eccezione al principio generale della non-retroattività delle leggi penali e di quelle di polizia.

Pare tuttavia non del tutto giustificata tale distinzione ed eccezione.

In vero, se spirato il termine per cui è introdotta deve cessare una legge di polizia, che aumenti solo una pena già esistente, a maggior ragione deve cessare quella che ha costituito temporariamente un nuovo reato, il quale, come abbiamo già visto, non ha neppure quel carattere di malvagità che deve, per regola generale, concorrere in ogni atto criminoso. Continuare ad infliggere una pena a chi fu autore di un atto

(1) Tribunale Cass. di Parigi, Sent. 8 termidoro, 15 e 16 messidoro, anno VIII. PASIGR, sez. I, vol. I, pag. 584.

(2) *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze.*

(3) *Retroattività in materia penale*, p. 63.

dannoso, ma non intrinsecamente ingiusto, anche quando la legge eccezionale cessi d'aver vigore, ci pare commettere una violazione più grave del canone eterno di non-retroattività, che punire un vero reato, crimine o delitto che abbia cessato d' esistere: è la forma più pericolosa di retroattività. Non regge il dire, che l'azione di queste leggi, circoscritta al tempo antecedentemente stabilito e per cui devono avere vigore diventi illusoria; perchè anche queste leggi producono immantinenti l'azione preventiva propria d'ogni legge; e possono venire applicate mentre sono in vigore ai trasgressori, non altrimenti che qualunque legge, tanto più che le leggi eccezionali penali sogliono il più delle volte essere accompagnate da leggi eccezionali di procedura, che rendano ancora più pronta l'applicazione. In materia di diritto eccezionale conviene essere maggiormente gelosi della privata libertà. Nelle leggi eccezionali si tende per natura ad esagerare i diritti della società a danno di quelli dell'individuo. Sarebbe un atto imprudente lo stabilire una massima, che ci autorizza a punire una contravvenzione ad una legge di polizia eccezionale, anche dopo che questa abbia cessato d'essere in vigore.

Se in fine le necessità sociali legittimano l'applicazione di una pena ad un atto legalmente ingiusto per un tempo maggiore è l'atto legislativo stesso, che, durando il pericolo a cui vuol provvedere, estende il termine entro cui dev' essere applicata la legge; ma spirato questo termine non può più la legge eccezionale venire in qualsiasi modo invocata.

Regola d'ermeneutica.

Prima di applicare i principii di *gius* transitorio ai singoli oggetti del diritto penale converrà stabilire quale sia la norma per fare la scelta della legge più mite.

Legge più mite è quella fra le due, messe in rapporto, che reca minori patimenti al reo. Quando si dice che al reo deve essere applicata la legge più mite per arrecare il minor danno all'individuo salva la sicurezza sociale, non s'intende però che si debba al reo procurare il minor danno in senso assoluto applicando contemporaneamente le due leggi combinate a questo scopo; ma s'intende solo dichiarare che fra due leggi si debba applicare quella che arreca minor danno; fra due danni il minore; ma questo si applichi intero.

Certamente non si potrà, ove accada che le due leggi antica e nuova differiscano rispetto a parecchi punti contemporaneamente, ma non in tutti nello stesso senso, applicare al delinquente contemporaneamente in diversi punti le disposizioni più miti, or dell'una, or dell'altra legge, ma bisognerà cercare le due soluzioni con le due leggi distinte e scegliere la legge, che conduce ad una soluzione più favorevole al delinquente.

La massima, che vieta di combinare le due leggi, antica e nuova, nel decidere il medesimo caso penale è validamente appoggiata dalla dottrina, da alcune legislazioni positive e dalla giurisprudenza la più costante estera e nazionale.

Insegna il Chauveau « che l'accusato non può reclamare se non l'applicazione della pena più mite. Andar oltre e spogliare le due legislazioni delle loro disposizioni più severe per comporre una legge mite unicamente per esso, sarebbe assurdo, non avendo egli affatto diritto a siffatto privilegio (1) ». La stessa opinione è seguita dal Seeger e Van de Poll (2).

Fra le legislazioni che stimarono opportuno formulare tale principio in disposizione positiva figurano la patente di promulgazione del Codice penale sassone e quella del Codice di Turingia (3).

(1) *Teoria del Cod. pen.*, p. 19.

(2) *Op. cit.*

(3) *Seeger, op. cit.*

Non meno esplicita e sicura si mostra in proposito la giurisprudenza. Quanto alla giurisprudenza estera non ricorderemo che una decisione precisamente nel senso indicato del Tribunale Superiore di Prussia riportata dal Berner (1).

In Italia la Corte d'Appello di Milano (2), la Corte di Cassazione di Palermo (3), la Corte di Cassazione di Napoli (4), la Cassazione sedente a Milano (5) vennero tutte nella stessa sentenza, che riassumeremo nelle parole stesse di questa Corte: « Salve le pene più miti, portate da una delle due legislazioni, sarebbe assurdo che ad uno stesso fatto si facesse la contemporanea applicazione di due distinte legislazioni, sconvolgendo per simile guisa i principii ed il sistema punitivo dell'una e dell'altra. Devesi applicare la più mite nella sua interezza e con tutte le sue conseguenze: — non si può creare una terza legge, fra quella del reato e quella del giudizio, tutta di privilegio e d'indulgenza ».

TITOLO IV.

Degli obbietti, cui si applicano i canoni di gius transitorio in diritto penale.

Giustificati i principii fondamentali nella materia e viste le molte forme, sotto cui si presenta la dottrina di retroattività, converrà che applichiamo i canoni di diritto transitorio, che abbiamo stabiliti, ai principali oggetti del diritto, per-

(1) Op. cit., p. 56.

(2) Sent. 2 agosto 1860.

(3) Sent. 5 settembre 1862.

(4) Sent. 7 novembre 1862.

(5) Sent. 6 dicembre 1862, Sent. 21 maggio 1864.

chè servano di guida alla soluzione di tutte le questioni che possono nascere nell'applicazione della legge.

Il diritto penale è tutto compreso in due concetti: *reato* e *pena*.

Dobbiamo perciò prendere ad esame i canoni fondamentali della dottrina di penale retroattività nella loro applicazione principali a questi due oggetti.

CAPO I.

Dei canoni di diritto transitorio penale applicati al reato.

Ogni applicazione della dottrina di retroattività al reato si rannoda o agli elementi costitutivi del reato, o alla sua misura, od ai suoi effetti.

Noi non ci proponiamo di riferire tutte queste applicazioni. Ne citeremo poche, le quali possano servire di norma negli altri casi e dimostrino quali difficoltà ed incertezze s'incontrino non di rado nella pratica.

Non vi ha reato senza imputabilità; e l'imputabilità può essere più o meno piena.

Or bene, di due leggi, l'una vigente al tempo della consumazione di un reato, l'altra al tempo del giudizio, — quale dovrà di preferenza applicarsi, se la prima ammette, la seconda non ammette imputabilità? — Quale, se la prima nel misurare l'influenza delle condizioni morali sulla punibilità non ammetta una causa minuyente l'imputabilità, e la seconda l'ammetta? — Quale infine, se la prima non ammettendo una causa minuyente dell'imputabilità diminuisca gli effetti del reato e la seconda ammettendo la causa minuyente l'imputabilità accresca gli effetti del reato?

Due questioni sono fra loro intrecciate — determinare quale sia la legge più mite — applicare la più severa o più mite secondo i canoni di retroattività.

Nei casi proposti è facile la soluzione dell'una e dell'altra.

La soluzione della prima:

Fra due leggi, di cui l'una ammetta in una data ipotesi imputabilità, e l'altra non l'ammetta, questa è manifestamente più mite.

Fra due leggi, di cui l'una non ammetta una causa minuyente e l'altra l'ammetta, questa è parimente più mite.

Fra due leggi, infine, di cui una non ammetta causa minuyente l'imputabilità, ma diminuisca gli effetti del reato, e l'altra ammetta quella ma accresca questi, ovvero fra due leggi, che differiscano in più od in meno in molti punti di qualsiasi elemento del giudizio, sarà più mite quella legge, che nel finale risultato dell'applicazione sua al caso in questione, riuscirà più favorevole al delinquente.

La soluzione della seconda:

Secondo il canone di gius transitorio ampiamente dimostrato, dovrà applicarsi la legge vigente al tempo della consumazione del reato, ovvero quella del tempo del giudizio, secondo che quella o questa sarà riconosciuta la più mite.

Parimente poi se due leggi differiscano nello stabilire gli estremi di un reato speciale, dovrà ricercarsi quale sia la legge più mite; applicarla secondo i canoni di diritto transitorio.

E più mite si riconoscerà senz'altro essere la legge che richiede un maggior numero di estremi di fatto e quindi questa legge si dovrà applicare sia vigente al tempo del reato, al tempo del giudizio, a sentenza passata in cosa giudicata con quei temperamenti che si sono a suo tempo stabiliti.

Così si risolveranno le altre questioni.

Non si può però lasciare quest'argomento senza ricordare un grave errore, in cui può facilmente cadere colui che applichi la dottrina di retroattività a certe specie di reati.

Chi applica questa dottrina può talvolta erroneamente ritenere per una questione di gius transitorio, una questione del

tutto differente e regolata da ben altri principii. Questo pericolo si presenta soprattutto in materia di reato continuato, di reato successivo o permanente e di reato abituale.

È noto che vi ha reato continuato, quando vi sono più violazioni distinte di una stessa legge, accompagnate ciascuna da una determinazione criminosa distinta, ma tutte collegate ed unificate da una medesima intenzione finale (1).

Ora alcuni scrittori, fra cui il Temme (2), scomponendo quasi il reato in tanti reati quante violazioni distinte, nel caso che queste siensi verificate vigenti due legislazioni diverse, opinano trattarsi di questione transitoria e dichiarano che si debba applicare delle due la legge più mite.

Ma è questo un gravissimo errore. Si confonde la questione della ricerca del tempo in cui il reato continuato debba dirsi commesso, con una questione di diritto transitorio, che non esiste menomamente.

Il reato continuato, benchè contenente parecchie violazioni di legge, è un reato unico e non può essere stato commesso che sotto una legge sola. E siccome tutte le violazioni sono unificate nello scopo dell'agente, così è evidente che la consumazione di tale reato si avvera coll'ultimo atto che gli dà compimento. Deve perciò il reato continuato venir punito secondo la legge vigente nel giorno in cui si addivenne all'ultimo atto e le altre leggi non devono essere tenuto in conto alcuno; e pare che anche gli autori del progetto di Codice penale italiano siansi ispirati a questo principio, quando stabilirono la massima, che la prescrizione comincia nei reati continuati dal giorno in cui cessò la continuazione (3). Applicandosi l'ultima legge, anche se più severa, non si pecca contro il canone di non retroattività penale. La questione di diritto transitorio, allora soltanto potrebbe

(1) CANONICO, *Diritto penale*, p. 243.

(2) Ap. SEEGER, id. nota 1.

(3) Art. 99, § 1, Prog. cit.

sorgere quando il reato continuato venisse giudicato, ovvero se ne scontasse la pena, sotto una nuova legge più severa o più mite. Nel qual caso può presentarsi occasione di applicare i varii canoni, che abbiamo superiormente dimostrati.

Anche riguardo al reato permanente, la cui essenza sta in una protratta condizione di fatto contraria alla legge penale, come l'arbitrario sequestro d'una persona, la bigamia, può venire erroneamente applicata la teoria della retroattività, se non si ha cura di determinare prima l'istante in cui tale reato si deve ritenere perfetto, per ben distinguere questa ricerca da ogni questione di diritto transitorio che possa sorgere di poi.

Taluni d'avviso che il reato permanente possa dividersi in tante parti, quanti sono i singoli atti succedutisi durante lo stato di fatto illecito, applicano senza esitazione ad ogni atto successivo la legge sotto cui venne eseguito. Ma questi dimostrano d'avere un concetto inesatto del reato permanente, e peccano contro la dottrina del diritto transitorio, applicando due leggi allo stesso reato.

Altri opinano invece che il reato non sia consumato che coll'ultimo atto, col quale l'illecito stato ebbe fine; epperò applicano la sola legge vigente al tempo in cui tale atto si compì. Ma non si può ammettere, almeno quanto alla questione dell'istante in cui deve ritenersi perfetto il reato, neppure la costoro opinione, perchè la consumazione del reato non dipende per nulla dalla più o meno lunga perduranza nello stato illegale.

Si avvicinano assai più al vero quegli scrittori, i quali credono che il reato permanente sia stato consumato col primo atto che gli diede principio e che la condizione di fatto susseguente a tale atto venga assorbita in quel primo atto, ed applicano perciò l'unica legge vigente al tempo in cui questo atto venne consumato. — Però anche tale dottrina ritiene erroneamente, che la persistenza nella condizione di fatto ille-

cita sia un elemento estraneo alla penale imputazione. — Posta però tale soluzione della questione sull'istante in cui il reato è perfetto, la stessa dottrina verrebbe tuttavia a conclusioni giuste nell'applicazione dei canoni di diritto transitorio, invocando la legge vigente al tempo in cui cessa la permanenza, se non vige al tempo del giudizio, o della sua esecuzione, una legge più mite.

Noi crediamo pertanto, seguendo l'opinione del Gabba, che, quanto alla determinazione dell'istante in cui deve ritenersi perfetto il reato, questo è consumato appena è compiuto il primo atto, col quale viene posto in essere quello stato di fatto, in cui poscia il delinquente persiste; ma, attribuendo alla persistenza il vero suo valore, crediamo che la consumazione del reato possa collocarsi in un punto qualunque di quella durata.

Quindi ne allontaniamo dalla seconda dottrina, perchè riteniamo che il reato possa già considerarsi quale consumato appena attivata la condizione illegale di fatto; dalla terza teoria perchè sostenendo che la consumazione del reato possa riporsi in qualsiasi stadio della perduranza, riponiamo tale consumazione dopo l'attuazione della legge ultima ed applichiamo questa senza tema di offendere il principio di retroattività.

Quanto all'applicazione dei canoni di gius transitorio penale, ritenuto che non possa mai nascere tale questione se non nel caso in cui al tempo del giudizio o della sua esecuzione sia vigente un'altra legge diversa da quella, sotto cui riteniamo perfetto il reato, applichiamo, conformemente alle regole stabilite, delle due la legge più mite.

Anche intorno ai reati detti abituali non bisogna confondere la indagine sull'istante in cui deve ritenersi commesso il reato, con quella della legge che si deve applicare, in caso che sorga questione di diritto transitorio.

Poniamo anzitutto in sodo, quanto al primo oggetto, che

il reato abituale s'intende consumato, quando appena colla ripetizione degli atti criminosi, si possa dire costituita un'abitudine. Però, siccome i varii atti illeciti hanno un'esistenza loro propria e distinta, e sono riuniti solo per il carattere comune dell'abitudine, così potrà accadere che lo stesso reato abituale negli atti illeciti di cui consta possa venir commesso sotto diverse legislazioni.

In tale ipotesi sorge la questione di diritto transitorio; ed i canoni fondamentali di questa dottrina condurranno ad applicare la legge più mite fra la legge più mite delle successive leggi sotto le quali si sono commessi i varii atti illeciti, e la legge vigente al tempo del giudizio, o posteriormente. Quindi non si potranno mettere in conto i primi atti illeciti se commessi in tempo in cui non erano vietati; nè si potrà applicare la legge vigente al tempo in cui viene ad essere costituita l'abitudine, se quella è più severa delle altre leggi vigenti prima e dopo quell'istante.

CAPO II.

Dei canoni di diritto transitorio penale applicati alla pena.

Due leggi penali possono differire specialmente riguardo alla qualità, riguardo alla quantità, riguardo al grado della pena in esse stabilita.

Applichiamo i canoni di diritto transitorio penale alla pena in queste tre ipotesi distinte.

La questione di diritto transitorio implica sempre quella della determinazione della pena e legge più mite, e non sorge mai, se non quando al tempo del giudizio sia vigente una legge diversa di quella vigente al tempo della consumazione del reato.

Quando la legge nuova e l'anteriore stabiliscono pene di

diversa qualità, ovvero di specie differente, si dovrà avanti tutto stabilire, quale sia la più mite.

Il criterio per conoscere la mitezza intrinseca di due specie di pene, deve desumersi dal posto che le pene stesse che si vogliono confrontare occupino nella scala penale. Tale scala penale però deve sempre essere indubbiamente quella fissata dalla legge attuale, nel caso che vi sia differenza nella distribuzione relativa delle pene riguardo alla qualità fra l'antica e la nuova legge.

Imperocchè la qualità d'una pena dev' essere determinata con quel criterio che viene adottato come il migliore al tempo in cui si amministra la giustizia (1).

Riconosciuta quale sia la legge penale che stabilisca una pena più mite, deve questa applicarsi, sia vigente al tempo del reato, sia al tempo del giudizio, ed anche dell'esecuzione di questo coi temperamenti però suggeriti in considerazione della *regiudicata*.

Le difficoltà più gravi e le distinzioni più sottili in materia di retro-attività penale sorgono allorquando si tratta di determinare quale sia la legge più mite e quella da applicarsi fra due leggi vigenti, l'una al tempo del reato, l'altra del giudizio o della esecuzione della sentenza, le quali stabiliscano pene di quantità differente.

Due leggi possono stabilire pene differenti per quantità in tre modi principali:

I. Adottando la prima una misura matematica della pena differente dall'altra;

II. Aggiungendo l'una e non l'altra ad una pena principale, una accessoria;

III. Aggiungendo ad una pena principale eguale una pena accessoria diversa l'una dall'altra.

Consideriamo i tre modi separatamente:

(1) CHAUVÉAU et HELIE, HAUS, BERTAULD, TREBUTIEN e MEYNE, opere citate.

I. Differiscono due leggi per aver adottato una misura matematica della pena differente:

A Quando, trattandosi di due pene fisse, la legge nuova abbia assegnato una durata maggiore o minore dell' antica;

B Quando, trattandosi di pene variabili: a) la legge nuova abbia innalzato od abbassato in pari tempo il limite massimo ed il minimo della pena stabilita nella legge anteriore; b) la stessa legge abbia abbassato il massimo innalzando il minimo, abbia innalzato il massimo abbassando il minimo;

C Quando la legge antica e la nuova stabiliscano, l'una una pena fissa, l'altra una pena variabile fra un massimo ed un minimo.

A È facile riconoscere nel primo caso che la pena più mite, e perciò da applicarsi in conformità dei canoni di diritto transitorio penale, è quella comminata per un tempo minore, o che consista in una minor somma di danaro;

B Quanto al secondo caso:

a) È pure agevole determinare quale sia la legge più mite e da applicarsi anche retroattivamente nella ipotesi di una legge nuova, che innalzi od abbassi in pari tempo il limite massimo ed il minimo della pena stabilita nella legge antica. La legge più mite sarà quella che avrà i due estremi abbassati più dell'altra legge, e sarà perciò quella che dovrà applicarsi;

b) Maggiori difficoltà presenta la seconda ipotesi, quella giusta la quale la legge nuova abbia abbassato il massimo innalzando il minimo, ovvero abbassato il minimo innalzando il massimo.

In tale ipotesi è vana ogni ricerca d'un criterio astratto per decidere quale sia la più mite fra due leggi, e la pratica ha condannato come insufficienti, ed il criterio proposto dal Chauveau et Helic (1) consistente nel carattere del fatto pu-

(1) Op. cit., N. 50.

nibile, ove esso differisca nelle due leggi, e quello del Le Sellyer della preferenza nel confronto della proporzione, in cui fu innalzato od abbassato un estremo con quella in cui fu abbassato od innalzato l'altro e quello pure propugnato da molti criminalisti (1), riposto nel confronto delle due pene rispetto al limite massimo, trascurando affatto il limite minimo. Nè è conforme ai principii, che governano la materia e che abbiamo altrove accennati, nè vale a risolvere la difficoltà il criterio che alcuni, fra cui il Berner (2), vorrebbero adottato, desumendo da ambedue le leggi, ciò che vi ha di più favorevole al reo.

La maggiore o minore mitezza di una legge penale riguardo alla sua quantità non deve cercarsi in astratto, ma in concreto in ogni singolo caso, secondo le circostanze. Quindi la determinazione della legge più mite nella ipotesi in questione dev'essere preceduta dalla ricerca di quel grado di pena che debbasi adottare fra i due estremi, e se si debba applicare il massimo od il minimo.

Si applicherà poi quella minor pena che nell'una o nell'altra legge si troverà corrispondere al grado d'intensità stabilita. Solo con questo criterio si può risolvere la prima questione, ossia quella della mitezza maggiore o minore della legge, e la seconda, quella di diritto transitorio penale.

C Quanto al terzo caso :

Minori difficoltà presenta la ricerca della legge più mite e con maggiore sicurezza si può applicare il canone di retroattività penale, quando si tratti di due leggi, delle quali una stabilisca una pena fissa, l'altra una variabile.

Se la pena variabile ha un minimo ed un massimo inferiori alla pena fissa, nessun dubbio che la pena variabile è la più mite, e perciò da applicarsi anche retroattivamente. Se per

(1) MEYNNE, p. 75, TREBUTIEN, p. 83, ed HAUS, n. 87, op. cit.

(2) Op. cit.

contro, la pena fissa di una legge è inferiore al massimo, ma in pari tempo superiore al minimo della pena variabile stabilita nell'altra legge, o viceversa, sarà più mite e da applicarsi nel caso di questione transitoria, la legge che stabilisce la pena variabile, ovvero la pena fissa, secondochè nel caso concreto, si dovrà infliggere il minimo, oppure il massimo della pena (1).

II. Se le due leggi stabiliscono due pene differenti in quantità per essere di queste una accompagnata da una pena accessoria, e l'altra sola, si possono verificare due ipotesi. O le due pene principali della stessa specie sono fisse ed eguali o variabili, ma collo stesso massimo e minimo, ed in tale ipotesi è chiaro che la legge più mite è quella cui non va aggiunta la accessoria. O delle due pene principali, una è variabile, l'altra fissa, ma di quantità superiore al massimo della variabile, e la pena accessoria va aggiunta alla fissa, ed è pur chiaro che la pena più mite sarà quella cui non va annessa la accessoria.

Ma se nella stessa ipotesi la pena accessoria venisse aggiunta alla pena variabile, ovvero, se la pena accessoria andasse unita alla pena fissa inferiore al minimo della pena variabile, o se per ultimo la pena accessoria venisse congiunta all'una od all'altra pena quando fosse la pena fissa minore del massimo e maggiore del minimo della pena variabile, la soluzione che trova più grande appoggio nella dottrina e nella giurisprudenza è di trascurare la pena accessoria e di ricercare fra le due pene principali qual è la più mite col criterio pratico suggerito nei casi precedenti (2). Diciamo di trascurare la pena accessoria, perchè essendo quantità eterogenea alla quantità delle pene principali, è impossibile il confronto di quella con queste.

(1) Corte Cass. di Parigi. Sentenze 26 luglio 1811, 5 febbraio 1830, D. R. v. *lois*, N. 371.

(2) MEYNNE, pag. 76.

Risolta la questione sulla mitezza, è noto come si risolve quella di diritto transitorio.

III. Quando l'antica e la nuova legge stabiliscono due pene della stessa qualità, ma accompagnate ambedue da pene accessorie differenti, se le due pene principali sono identiche o le pene accessorie non differiscono che nella quantità, e sarà più mite e dovrà applicarsi secondo i canoni di *gius* transitorio quella che è matematicamente minore, o differiscono anche di qualità ed allora si consulterà nei modi esposti la scala penale e si sceglierà quella che vi è ritenuta più mite. Se invece le due pene principali non saranno identiche, si sceglierà fra quelle la pena più mite secondo i criterii avanti esposti e nulla si terrà conto delle pene accessorie per stabilire la pena più mite. Non si potrà unire la pena accessoria più mite alla pena principale più mite desumendola da legge differente. Insorgendo la questione di diritto transitorio si risolverà poi col solito criterio.

La pena stabilita dalla legge antica da quella stabilita dalla legge nuova può differire per la pienezza ossia per la facilità maggiore o minore colla quale sono ammesse le circostanze che ne modificano il grado.

Noi accenneremo soltanto alle differenze che possono sorgere dalle due cause modificative del grado della pena, *la recidiva*, che consiglia un aumento nella pena ed il concorso di più reati, che ne consiglia una diminuzione ed alle applicazioni dei canoni di diritto transitorio, che a tali differenze si possono fare.

La questione di diritto transitorio, concernente la recidiva, non sorge propriamente se non quando, determinata la legge sotto cui la recidiva venne consumata, sia vigente al tempo del giudizio una legge differente da quella.

La questione di diritto transitorio s'intreccia quindi con quella della ricerca del tempo della consumazione della recidiva e la soluzione della prima questione è condizione indispensabile per risolvere la seconda.

È generalmente ammesso che la recidiva è circostanza aggravante la pena. Ma se i due o più reati che costituiscono materia alla recidiva si sono commessi sotto lo impero di legislazioni differenti, nasce questione grave e delicata se nello applicare la pena ad un reato commesso vigendo una data legislazione si possa ammettere la recidiva in base al reato od ai reati commessi sotto la legislazione antecedente e secondo qual legge si debbano determinare il concetto e le condizioni della recidiva stessa.

Che reati commessi sotto legislazioni anteriori debbano tenersi in conto per determinare la recidiva è chiaro. Fondamento della recidiva, quale circostanza aggravante la pena, è il più alto grado di gravità nel delinquente. Ora questa tutta si rivela nella perpetrazione del secondo reato. Anzi consistendo la recidiva nel fatto che l'ultimo reato che si vuol giudicare siasi consumato dopo che un altro od altri siansi ammessi e non nel reato precedente, ed essendo propriamente la recidiva circostanza o carattere del reato ultimo su cui pende il giudizio, deve ammettersi anche quando la legge, vigente la quale fu commesso il reato anteriore, non ammettesse per caso la circostanza aggravante della recidiva. Non vi sarebbe in tale caso questione di diritto transitorio, nè tanto meno offesa ai canoni di non retroattività stabiliti. — Tale offesa invece vi sarebbe quando volesse ritenersi recidivo colui, che commetta un reato dopo aver compiuto un'azione attualmente illecita, ma compiuta in tempo in cui era ritenuta come lecita. Non può essere retroattiva la legge introducente un nuovo reato.

Gravi discrepanze sorgono pure fra gli scrittori nel determinare le condizioni della recidiva, risultante dalla ripetizione di due o più reati sotto l'impero di leggi differenti.

In vero dovranno queste condizioni determinarsi dalla legge sotto l'impero della quale la recidiva si ritiene consumata, o da una legge anteriore, se riesce nei risultati più mite?

Non è dubbia la risposta. Non vi ha ancora questione di diritto transitorio.

Si è detto che la recidiva è una circostanza, un carattere dell'ultimo reato in confronto dei precedenti e non reciprocamente. Non esitiamo perciò ad affermare che quelle condizioni tutte devono essere desunte esclusivamente dalla legge del tempo della recidiva. Quindi non si potrebbe qualificare, per esempio, di recidiva, il reato su cui pende il giudizio in confronto di un reato commesso vigente una legge anteriore, se la legge, su cui il giudizio si fonda, non permette un tale confronto, benchè lo permettesse la legge anteriore.

Così pure essendo la recidiva un carattere dell'ultimo reato, su cui pende il giudizio, non ammettiamo vi sia recidiva in base ad un reato commesso sotto l'impero di una legge anteriore, ma che la legge presente non considera come tale.

Non altrimenti, se nel reato anteriore mancasse qualche elemento voluto dalla legge sotto il cui impero si fa questione di recidiva, questa non potrebbe essere ammessa.

Le quali tutte sono conseguenze del principio che la recidiva è una condizione, un carattere dell'ultimo reato su cui pende il giudizio.

La vera questione di diritto transitorio sorgerebbe poi nel caso che la legge, vigente intorno alla medesima, all'epoca del giudizio fosse differente da quella vigente al tempo della consumazione della recidiva, al tempo della consumazione dell'ultimo reato, su cui pende il giudizio.

In tale ipotesi, ricercata quale è in concreto la legge più mite in conformità dei canoni di diritto transitorio, viene ad essere applicata ad esclusione della più severa.

Ma scelta una delle due leggi per dedurne la penalità del fatto, quest'unica legge deve pure determinare le condizioni della recidiva e tutti gli elementi del giudizio.

Un ultimo argomento che può trarre in errore chi si occupi di diritto transitorio penale è quello dell'applicazione

del canone di retroattività al concorso di più reati come causa minuyente il grado della pena.

Anche in questa materia è essenziale distinguere la questione transitoria dalle estranee.

Si supponga che di due leggi l'antérieure non ammetta e la posteriore ammetta il cumulo delle pene di reati distinti compresi nella medesima imputazione, commessi parte sotto la legge anteriore, parte sotto la legge posteriore.

Delle due leggi, è evidente, la più mite è l'antérieure, che non ammette il cumulo. Dovrà adunque applicarsi questa a preferenza della posteriore in omaggio ai canoni di diritto transitorio? Rispondiamo che l'unica applicabile è la seconda legge e che questa benchè più severa della prima, non pecca contro il principio di non retroattività. La prima legge in realtà più mite non esigeva, nè poteva esigere, che alle pene dei reati consumati sotto il suo impero venissero cumulate altre pene di altri reati commessi vigente una legge posteriore, la quale ammetta il cumulo delle pene. In questo caso la legge posteriore non impera sui reati anteriori, ma su quelli commessi durante il suo impero.

Anche in questa ipotesi la vera questione di diritto transitorio sorgerebbe quando al tempo del giudizio vigesse una legge differente da quella in cui si fa l'imputazione, ossia si commettono gli ultimi reati, di cui si ammette il cumulo delle pene; e si risolverebbe applicando delle due leggi quella che in concreto riesce più mite.

Faremo un'ultima osservazione relativa all'applicazione dei canoni di diritto transitorio alla pena.

Può accadere che una legislazione nuova introduca o cambi alcuni modi speciali d'esecuzione della pena. In tal caso siccome la esecuzione della pena si attiene alla forma, piuttosto che alla sostanza della giustizia penale, noi crediamo che senza pericolo di offendere il principio di non retroattività penale, la legge ultima intorno al modo d'esecuzione d'una pena

debba immediatamente produrre i suoi effetti anche su quelli che stanno scontando la pena.

Siccome però tale sostituzione d'esecuzione impingerebbe, sebbene in modo poco pericoloso, contro la *regiudicata*, stimiamo che il legislatore debba con disposizione transitoria espressa suggerire quali forme di pene debbano venir sostituite alle già applicate, dare un criterio di ragguaglio, se occorre, al giudice per tale sostituzione e nel fare la legge ispirarsi al principio, che la nuova forma d'esecuzione della pena o sia uguale in severità alla già esistente, o sia più mite.

Ha fatto omaggio a questi precetti il progetto del Codice penale italiano (1).

(1) Art. 5 L. per l'approvazione ed attuazione del Cod. pen. it.

SEZIONE II.

Principio di retroattività in procedura penale.

TITOLO I.

Carattere della legge procedurale penale.

La legge procedurale penale, non altrimenti che la legge penale propriamente detta, è un ramo del diritto pubblico interno. Però mentre il diritto penale ha, per così dire, un primo posto nell'etica, la procedura trova sua sede più naturale nella logica. Quello ha per obbietto la giustizia, questa la verità per l'attuazione della giustizia.

Le leggi di procedura penale sono il complemento necessario delle libertà pubbliche. Le sue forme sono destinate a proteggere i diritti dei cittadini ed a preservarli da ogni atto arbitrario. Nel Codice di procedura penale insomma sta il palladio della libertà civile ed il più saldo presidio dell'onestà dei cittadini, perchè il Codice di procedura penale è un necessario complemento della stessa carta costituzionale.

Non meno stretto che il rapporto fra legge di procedura penale e diritto penale è il rapporto fra legge procedurale penale e legge penale.

Le leggi di procedura sono il mezzo, con il quale il diritto si traduce in atto. Esse comprendono la serie dei mezzi necessari alla retta amministrazione della giustizia punitiva, perchè la colpa sia perseguitata dal degno castigo, si distingua l'innocente dal colpevole e la costui repressione non ecceda il giusto confine, segnato dalla legge, richiesto da giustizia e da necessità sociale.

Non sono adunque estranei alla procedura penale i due elementi costituenti il fondamento del diritto di punire, *giustizia ed utilità*. Ma siccome la legge penale tende alla giustizia ed alla difesa sociale, come suo diretto e precipuo scopo, e la legge procedurale mira alla scoperta della verità coi mezzi che l'uomo ha giudicati più perfetti nelle circostanze attuali, così non tutti i corollarii, che si deducono dal fondamento del diritto di punire e che hanno relazione col diritto transitorio sono egualmente applicabili alla procedura.

Le leggi di procedura penale si propongono la tutela di due interessi egualmente sacri, quello della società, quello del reo, tenendo sempre per oggetto d'ogni ricerca la verità. Scopo questo che la legge procedurale penale ha comune anche colla legge procedurale civile. Però siccome nel giudizio civile si trova in giuoco l'interesse di due privati e soltanto in modo indiretto l'interesse sociale, mentre nel giudizio penale la società stessa è una delle parti, così non tutte le regole di diritto transitorio applicabili alla procedura civile sono parimenti applicabili alla procedura penale.

È adunque dimostrato che se la legge di procedura penale ha un nesso col diritto penale e colla procedura civile, non perde per questo un carattere, una indole tutta sua propria.

TITOLO II.

Canone di gius transitorio procedurale penale e sue applicazioni.

Scopo unico della legge procedurale penale essendo la ricerca della verità ed il conseguimento di tale scopo eminentemente d'ordine pubblico, la legge ultima, la quale porta seco la presunzione indiscutibile di suggerire i mezzi migliori per raggiungere tale scopo, toglie radicalmente forza all'antica e si applica costantemente con effetto retroattivo ai fatti criminosi giudicandi anteriormente commessi.

Colla scorta di questo principio che discende dal carattere stesso del diritto pubblico, sarà facile risolvere molte questioni di retroattività, le quali si presentano nelle varie parti della procedura penale.

È importante la ricerca di tali questioni anche in procedura, la quale, giusto complemento della legge penale, ne segue non di rado le fasi e le riforme andando soggetta a non infrequenti cambiamenti col progredire della civiltà di ciascun popolo.

In questa materia come già in quella più specialmente del diritto penale, predominarono gli studii casuistici. Si studiò la soluzione della questione transitoria in molti casi partitamente, ma non si stabilì il principio direttivo di tutta la materia.

Noi esamineremo anche in questa parte le principali applicazioni del canone fondamentale del diritto transitorio alla materia di procedura e ricercheremo quali saranno le conclusioni dell'applicazione di tale principio successivamente alla istanza pubblica, alla competenza, alle prove, al rito processuale, alla sentenza ed ai suoi rimedi.

CAPO I.

*Dell'applicazione del canone di gius transitorio procedurale
penale alla istanza pubblica ed alla privata.*

La società, a cui spetta il diritto di punire, ha ragione ed interesse di ricercare ogni autore di violazione alla legge penale. Ogni mutazione che s'introduca nelle leggi riguardo allo esercizio di questo diritto pubblico, riguardo allo esercizio del diritto di porre l'accusa di un vero reato, deve essere ritenuta come un perfezionamento nell'amministrazione della giustizia penale e quindi deve venir applicata anche ai reati anteriormente commessi e non ancora puniti. Tale è pure la opinione di Van de Poll e di Meyne (1).

Ma vi sono alcuni reati, che si chiamano impropriamente di azione privata, ossia tali che non possono essere perseguitati in giudizio, se non quando il privato più fortemente offeso non si acquieti e colla sua istanza attesti alla società l'esistenza del reato. Ora è certo che questi reati di azione privata dipendendo quasi, direi, esclusivamente dalla volontà del privato offeso, saranno più raramente puniti, che quelli i quali, essendo d'azione pubblica, possono essere denunziati da ogni cittadino e devono essere perseguitati dal pubblico accusatore.

Ora se una legge nuova riduce d'azione privata un reato antecedentemente commesso di azione pubblica o viceversa, dovrà sempre la legge essere applicata retroattivamente?

Tutti gli scrittori concordano nello attribuire azione retroattiva a quella legge nuova, la quale fa cessare l'azione pubblica contro un reato commesso; e nel negare tale azione retroattiva quando la legge nuova autorizzi a perseguire

(1) Op. cit.

con azione pubblica un reato antecedentemente commesso e ritenuto di azione privata (1).

Tali scrittori vengono a questa conclusione applicando alla istanza il canone di *gius* transitorio penale della retroattività della legge più mite e della non retroattività della legge più severa. Imperocchè essi ravvisano nella istanza una parte sostanziale del reato stesso, ritenendola di diritto e non di procedura penale, ritenendola un vero requisito, un estremo per l'esistenza del reato.

Ma, se non è idea troppo ardita e poco riverente verso la libertà individuale lo stabilire che anche la istanza è puramente materia di procedura, non potrà neppure la legge procedurale, relativa alla istanza, sfuggire al canone generale della retroattività in ogni caso.

AmMESSO il principio che la legge intorno alla istanza è di procedura, noi pure accettiamo l'opinione generalmente accolta di far retroagire la legge che toglie l'azione pubblica contro un reato antecedentemente commesso. Non già perchè questa legge favorisca maggiormente il reo, sia più mite; ma perchè più conforme al conseguimento dello scopo, che si deve proporre l'amministrazione della giustizia.

Ma applicando il canone generale di *gius* transitorio procedurale penale, crediamo sia più conforme al vero carattere della procedura la retroattività della legge, anche lorquando la legge nuova autorizzi a perseguire con azione pubblica un reato antecedentemente commesso e ritenuto di azione privata.

Nè crediamo sia grandemente da temere il pericolo che la legge nuova venga proposta nello scopo di nuocere a determinate persone la cui punizione, a termine dell'antica legge, si sapesse diventata ormai impossibile o poco probabile. Perchè rarissimi anzitutto sono i reati che diconsi d'azione privata.

(1) ABEGGS, VAN DE POLL, ZACHARIÆ e SEEGER, opere citate.

Del resto un atto legislativo è così complesso, e con tante guarentigie d'imparzialità discusso, che presso qualsiasi popolo costituzionale non vi è pur ombra di pericoli di tal sorta. Non verrà mai dimenticato che scopo ultimo d'una legge procedurale, è la scoperta del vero, non l'esercizio d'una privata vendetta o l'offesa della quiete d'un pacifico cittadino.

CAPO II.

Dell'applicazione del canone di gius transitorio procedurale penale all'ordinamento giudiziario, alla giurisdizione ed alla competenza.

Ordinamento giudiziario, giurisdizione e competenza sono fra loro così strettamente uniti, che sarà conveniente, per non cadere in molte ripetizioni, prenderli ad esame rimpetto al canone di *gius transitorio procedurale* complessivamente.

È verità universalmente accolta avanti tutto, che il principio il quale legittima la retroattività nella materia di procedura si applica senza contestazione anche all'ordinamento giudiziario. Le leggi che modificano la organizzazione dei tribunali sono di ordine pubblico, concernono un oggetto relativamente al quale non vi possono essere diritti acquisiti neppure a favore di privati e molto meno perciò diritti nascenti da un reato anteriormente commesso a favore di un delinquente, il quale colla perpetrazione di un reato non acquista diritto ad essere giudicato da uno anzichè da altro tribunale, composto di maggiore o minor numero di giudici. La società non ha dovere alcuno di conservare, o di ristabilire per il tempo in cui un delinquente venga giudicato tribunali, che ha creduto conveniente nell'interesse generale abolire (1).

(1) Sentenza Cass. Torino, 4 giugno 1866.

Le leggi nuove sull'ordinamento giudiziario portano con sè la presunzione d'essere le migliori e le più adatte nell'interesse del reo e della giustizia e devono produrre immediatamente la loro efficacia.

Tre opinioni principali poi si manifestarono intorno all'effetto retroattivo delle leggi procedurali relative alla giurisdizione e competenza.

Pochissimi scrittori, e fra questi il Chauveau et Helie (1), sono d'avviso che l'autore di un reato non possa essere giudicato da altro Tribunale, fuorchè da quello dichiarato competente dalla legge vigente all'epoca del reato. La legge sulla giurisdizione e sulla competenza non solo non colpirebbe i giudizi pendenti, ma neppure i reati anteriormente commessi, di cui non sia ancora iniziato giudizio.

Ma tale dottrina urta coi più elementari principii di diritto transitorio procedurale, e non crediamo sia necessario di combatterla.

Una seconda dottrina, propugnata per la prima volta dal Merlin (2), e seguita dal Bertauld (3) e Dalloz (4), sancita in alcune legislazioni (5) ed accolta pure dalla giurisprudenza (6) proclama il principio che la nuova legge sulla giurisdizione e competenza, mentre colpisce i fatti anteriormente commessi e non giudicati non possa retro-agire nel caso che un Tribunale si trovi già investito della giurisdizione e competenza allorquando viene attuata. « La retroattività è la regola, dice Merlin; ma oltre a questo principio, ve n' ha un altro non meno costante, e che i giureconsulti romani enunciarono col noto adagio: *ubi acceptum semel iudicium ibi et finem accipere*

(1) Op. cit.

(2) *Rép.* v. Competenza, § 3.

(3) Op. cit.

(4) Op. cit., v. Lois.

(5) Legge francese, 13 gennaio 1792 (art. 7).

(6) Sentenze 15 e 24 dicembre 1792. Sentenze 10 maggio 1822 e 22 sett. 1832.

debet. Che un Tribunale non possa più giudicare, perchè una legge nuova, sopraggiunta durante l'istruzione, abbia mutato le regole della competenza, ripugna a tutte le idee ricevute, è un sistema condannato in pari tempo dalla ragione e dal diritto romano. »

Ma neppure questa dottrina, sebbene si avvicini assai più alla vera, è da accettarsi completamente.

Non si può ammettere che un semplice atto d'istruzione possa bastare ad impedire la retroattività di una legge di giurisdizione e di competenza, mentre rispetto agli altri elementi del giudizio penale la retroattività della legge nuova non riconosce altro ostacolo fuorchè la cosa giudicata. Una legge essenzialmente d'ordine pubblico non deve soffrire nessun ritardo nella sua applicazione, a motivo d'un atto qualunque di procedimento. Le leggi di procedura penale intorno alla giurisdizione e competenza non concernono tanto il diritto di un individuo quanto i modi ed i mezzi di venire a conoscere e determinare i diritti ad un tempo dell'individuo e della società.

Ora i modi ed i mezzi contenuti nella legge nuova, come più adatti al conseguimento dello scopo, devono essere tosto applicati ed ai giudizi non iniziati, ed a quelli in corso.

L'opinione di Merlin e dei suoi seguaci non ha in sostanza altro fondamento scientifico fuorchè il testo citato di diritto romano (1). Ma, come osserva giustamente il Meynne (2), quel testo è affatto estraneo alla questione. Imperocchè, in esso trattasi del quasi-contratto che si fa davanti al giudice civile, mediante la *litis contestatio*, il quale quasi-contratto non ha riscontro nel diritto criminale.

Del resto, il sistema che combattiamo, per il caso in cui la legge nuova non si limitasse ad aumentare o diminuire

(1) Legge 30 D. *De judiciis*.

(2) Op. cit.

la giurisdizione ed a variare la estensione della competenza, ma sopprimesse alcune giurisdizioni ed altre ne sostituisse, o riescirebbe inattuabile per la soppressione della giurisdizione che si vorrebbe continuasse, o costringerebbe la società a conservare a lato ad una giurisdizione nuova l'antica, sebbene condannata come imperfetta ed incapace allo scopo cui deve tendere.

- Noi crediamo pertanto di dover accogliere una terza dottrina, la quale del resto non manca del più largo appoggio della dottrina (1) di alcune legislazioni (2) e della giurisprudenza (3) che stabilisce la massima, che i processi criminali, nei quali non vi ha ancora sentenza definitiva ed in ultima istanza debbano essere continuati nelle forme e davanti ai Tribunali nuovamente stabiliti.

Pertanto la legge procedurale penale relativa alla giurisdizione ed alla competenza, in omaggio al canone di gius transitorio procedurale penale, è assolutamente retroattiva, e non solo colpisce i fatti giudicandi, commessi anteriormente alla pubblicazione di quella legge, ma anche i giudizi non ancora chiusi da sentenza irrevocabile. Per modo, che promulgata una nuova legge sulla giurisdizione e sulla competenza, il che implica, il più delle volte, gravi cambiamenti anche nell'ordinamento giudiziario, gli antichi giudici devono ritenersi spogliati della giurisdizione e competenza che trovavano fondamento nell'antica legge, ed investiti della giurisdizione e competenza regolate dalla legge nuova. Ciò è evidentissimo allorchè è soppressa una giurisdizione, ma è pur vero anche negli altri casi.

(1) MANGIN, *Instr.*, ecc., II, n. 179. TREBUTIEN, op. cit. MEYNE, op. cit.

(2) Legge francese 26 maggio 1819 (art. 30).

Legge 16 novembre per l'attuazione del Cod. proc. pen. nell'Emilia (art. 1).

R. Decreto 30 novembre 1865 per l'attuazione di un nuovo Cod. di proc. pen. per tutto il Regno.

(3) Corte Cass. di Parigi, 16 aprile 1831; 12 ottobre 1848; 12 settembre 1856.

È poi ufficio del legislatore di stabilire alcune norme di diritto transitorio positivo, perchè la sostituzione delle nuove alle antiche giurisdizioni e competenze avvenga nel modo più celere e più ordinato.

Non dobbiamo passare sotto silenzio che gli stessi giureconsulti, i quali ammettono l'applicazione retroattiva di tali leggi sui fatti anteriormente commessi senza far distinzione se è cominciata o no la procedura, si dividono in varie sentenze, lorquando si tratti di legge, la quale istituisce giurisdizioni e competenze eccezionali.

Anche rimpetto a tale quesito possiamo dividere gli autori in tre scuole distinte.

La prima, che mentre ammette la retroattività delle leggi ordinarie nega assolutamente che possa retroagire quella legge che istituisca una competenza eccezionale; nè sui reati giudicandi, nè tanto meno sui giudizi in corso. Si osserva che il diritto che ha la società di difendersi con quella misura eccezionale non può riferirsi che a mali imminenti o futuri, non al passato (1); i giudici naturali di un delitto o di un crimine e di ogni imputato di questi fatti non possono essere che quelli esistenti nel giorno in cui i medesimi vennero consumati, non può ammettersi che l'introduzione di una giurisdizione, specialmente in vista di fatti già accaduti, sia questione di mera forma; tutto quanto si riferisce alla costituzione od all'ordine delle giurisdizioni è fondamentale e sacro e costituisce un diritto inviolabile di non rispondere dei fatti proprii, che davanti ad un Tribunale certo e anticipatamente conosciuto.

La seconda scuola fa distinzione fra legge eccezionale e legge eccezionale. Ammette la retroattività delle leggi ordinarie, non solo, ma anche delle eccezionali, soltanto però

(1) BERNER, Op. cit.

nel caso che tali leggi eccezionali di giurisdizione e competenza si fondino sopra una legge permanente dello Stato (1).

La terza scuola che, fedele al canone di gius transitorio procedurale penale, sostiene essere assolutamente retroattive tutte le leggi sulla giurisdizione e competenza, anche quando abbiano il carattere di eccezionali. Ed io non esito ad ascrivermi a questa scuola.

Per vero, non bisogna dimenticare che qualsiasi nuova legge procedurale deve essere incontrastabilmente presunta la migliore per ricercare e dimostrare la verità, il miglior mezzo per la retta amministrazione della giustizia, in quelle circostanze di tempo, di luogo e di persone, nelle quali viene promulgata.

Se per difendersi dal brigantaggio, dalla società degli accoltellatori, dalla camorra, dalla mafia, o da qualsiasi altra piaga sociale di simil genere, una nazione sospendesse i tribunali ordinari ed i giurati in alcune sue provincie, o per motivi d'interne turbolenze, o per meglio organizzare la difesa di una parte dello Stato contro un nemico esteriore, concentrasse il potere amministrativo ed il giudiziario nelle stesse mani, o peggio ancora nelle autorità militari, le leggi relative a questi provvedimenti dovrebbero pure avere effetto retroattivo.

Non si nega che le sostituzioni di Tribunali permanenti ai giudici popolari, di Tribunali eccezionali ad ordinari, e soprattutto la concentrazione di due poteri nelle stesse mani, siano misure sommamente pericolose alla libertà individuale, e tali il cui abuso deve essere prevenuto nelle Carte stesse costituzionali (2), ma date queste misure, siccome in esse non si deve ravvisare che un mutamento di forma, un cambiamento di modi e di mezzi nello scopo di raggiungere meglio lo scopo

(1) MANGIN, Op. cit.

(2) Il nostro Statuto vieta espressamente la creazione di Tribunali o Commissioni straordinarie, e lo stoglimento dai giudici naturali (art 71).

dell'amministrazione della giustizia, tutelando pur sempre equamente i due grandi interessi individuale e sociale nel miglior modo possibile in date circostanze, così, applicando il canone di diritto transitorio procedurale penale, anche queste misure, quali leggi eccezionali, devono avere effetto retroattivo, senza riguardo alcuno alla circostanza, che sia o no cominciata la procedura.

Se la legge eccezionale è viziosa, il vizio non è di retroattività, sarà un vizio molto più assoluto. Se essa ha per iscopo non la giustizia e verità, ma la condanna del reo, la violazione patente della libertà individuale, offende non il principio di retroattività, ma il principio d'una buona organizzazione giudiziaria, e la questione si presenta sotto altro aspetto in altro campo e deve avere altra soluzione.

Il Meynne (1) aggiunge che, o l'introduzione di siffatti Tribunali è permessa da una legge preesistente e non si può dire provvedimento eccezionale in senso odioso, od è l'effetto di una legge eccezionale e il negarle effetto retroattivo non può servire a prevenirne gli abusi perchè il legislatore potrà anche permettersi di ordinare quella retroattività espressamente.

Questa dottrina venne pure costantemente seguita dalla Corte di Cassazione di Parigi (2).

Respingiamo pertanto l'opinione seguita dalle due prime scuole, anche perchè la prima andrebbe contro lo scopo della legge eccezionale stessa, non permettendo che si applichi a coloro che già violarono la legge e resero necessaria la misura straordinaria, la seconda perchè si fonda sopra una distinzione per sè irrilevante e che non fa mutar per nulla il carattere della legge; l'una e l'altra poi come quelle che misconoscono la natura della legge procedurale eminentemente

(1) Op. cit.

(2) Sent. 12 ottobre 1848, 12 luglio 1850, 21 settembre 1850, 30 giugno 1859, DALLOZ, R. v. lois, D. 1852 e 1856, ap. MEYNNE, p. 135, nota 1.

d'ordine pubblico, di pura forma e per presunzione necessaria non mai pericolosa al diritto, e confermiamo la massima, che la legge procedurale di giurisdizione e di competenza, sia ordinaria, sia eccezionale, s'impossessa dei fatti anteriormente commessi e dei giudizi pendenti non ancor chiusi da sentenza irrevocabile.

CAPO III.

Dell'applicazione del canone di gius transitorio procedurale penale alle prove.

La prova è il mezzo che conduce alla verità. Una prova non è mai introdotta a beneficio esclusivo della sicurezza sociale o della libertà privata; tende sempre a portar luce sul vero e quindi a raggiungere ad un tempo i due scopi cennati. Migliorandosi la prova, si migliora l'amministrazione della giustizia avvantaggiandosi la condizione del reo e della società ad un tempo. Non sarebbe nè giusto, nè conveniente che o il reo, o l'accusatore vantassero un diritto acquisito ad usare di un mezzo di prova imperfetta e condannata.

Nè in procedura criminale regge la distinzione fra le prove che hanno un valore sostanziale, di diritto, e le prove semplicemente formali la quale si invoca a ragione in procedura civile.

Tutte le prove attengono all'ordine pubblico e le leggi probatorie non concernendo direttamente il diritto degli individui, ma solo i modi, i mezzi di venire a conoscerli ed a determinarli, sono retroattive per loro natura, cioè applicabili non meno ai processi già cominciati ed ai reati commessi prima della loro attuazione, che a quelli posteriori alla medesima.

Molti giureconsulti dimenticando certo il canone fondamentale di gius transitorio procedurale penale ed applicando

alla procedura lo stesso canone di *gius* transitorio penale, o confondendo il processo penale col processo civile, appongono al principio di retroattività delle leggi processuali probatorie alcune restrizioni.

Tali scrittori distinguono anzitutto le leggi probatorie, che stabiliscono il modo di porre in essere la prova e che stabiliscono i suoi requisiti, da quelle che ne determinano la efficacia; e mentre concordano colla dottrina suesposta, rispetto alle leggi probatorie in genere, negano che possa agire retroattivamente quella legge, che muta l'efficacia d'una prova.

Il Gabba (1) osserva che il pratico effetto di queste ultime leggi è manifestamente più o meno vantaggioso agli accusati e per conseguenza reclama l'applicazione del canone fondamentale di retroattività penale, che nega l'azione retroattiva alla legge più severa e la concede alla più mite ed afferma che le nuove leggi probatorie, che diminuiscono i mezzi di difesa degli accusati, rendendo o più facile la prova della imputazione o più difficile la prova della discolpa, non possono essere retroattive.

Il Meynne (2) fonda la sua eccezione alla retroattività sulla considerazione, che tutti quanti i mezzi di difesa dell'accusato sono un diritto acquisito di questo dal momento in cui è cominciato l'attacco, cioè al principio d'ogni stadio della procedura. In quel momento l'imputato o l'accusato acquista, secondo il Meynne, un vero e proprio diritto di difendersi in ognuno di quegli stadii a termine della legge vigente, diritto che nessuna legge posteriore gli può togliere.

Lo Zachariae (3) invece sostiene che i mezzi di difesa dell'imputato e dell'accusato si debbano desumere dalla legge vigente al tempo del reato, e che nessuna altra legge li possa togliere o diminuire.

(1) Op. cit.

(2) Op. cit.

(3) Op. cit.

Ma, come abbiamo osservato, non vi possono essere nell'accusato diritti acquisiti a speciali mezzi di prova. Non può dirsi che le nuove leggi probatorie, introducendo un nuovo mezzo migliore per la ricerca della verità, peggiorino la condizione di difesa del reo. Le leggi probatorie essendo il fondamento della retta amministrazione della giustizia, sono eminentemente d'ordine pubblico e non possono per nessuna privata considerazione soffrire ostacolo alla loro azione per le pretese d'un privato sul quale pende un processo penale.

Si noti che noi abbiamo parlato di leggi probatorie propriamente dette e che perciò non crediamo di nuocere per nulla all'applicazione d'altri principii a quelle leggi, che probatorie in apparenza sono in sostanza riflettenti elementi stessi di diritto penale e perciò da applicarsi col criterio di diritto transitorio penale.

CAPO IV.

Dell'applicazione del canone di gius transitorio procedurale penale al rito processuale.

Le leggi relative alla istruzione strettamente intesa e quelle relative al dibattimento, relative alla posizione di tutti gli atti del periodo inquisitorio e del periodo accusatorio nel procedimento misto, hanno per solo ed unico scopo, come ogni altra legge processuale largamente intesa, di pervenire alla scoperta della verità circa un fatto criminoso tutelando con giusta misura la libertà individuale nell'inquisito e nell'accusato e la sicurezza sociale. Ora le leggi nuove, solo per questo che sono nuove, si devono presumere più proprie a raggiungere lo scopo e devono essere applicate retroattivamente anche alle procedure non cominciate per fatti ammessi e cominciate e non finite sotto l'im-

pero delle leggi precedenti. Molti e svariatisimi sono gli atti che durante i due accennati periodi di procedimento devono essere intrapresi dall'accusatore, dal reo e dal giudice, elementi d'ogni penale giudizio; ma non vi ha ragione alcuna di non applicare subito la nuova legge, la quale segna una via migliore per raggiungere il supremo scopo del trionfo della giustizia.

Il Gabba (1) partendo sempre dal principio regolatore di questa materia da lui adottato, sostiene che le leggi di rito sono retroattive, solo in quanto non influiscono nè sulla pena, nè sul diritto della difesa.

Tale formola, colla quale intenderebbe risolvere ogni questione di retroattività nelle leggi di rito, oltrechè a me pare alquanto incerta e di difficilissima applicazione, essendo in pratica arduo assai soprattutto determinare quali sono le leggi che influiscono sul diritto della difesa, pecca di grave inesattezza in quanto che suppone, che scopo delle leggi di procedura sia quello di giovare o nuocere al delinquente; migliorare o peggiorare la sua condizione, secondo l'indole dei tempi e non quello della scoperta della sua innocenza o colpeabilità, della scoperta del vero. Nessuna legge procedurale deve dirsi più mite o più severa. La legge nuova deve per contro presumersi sempre la più adatta a raggiungere lo scopo di amministrare rettamente la giustizia, e quindi l'unica applicabile.

È per questo che non esitiamo ad affermare, che quand'anche la legge nuova, per ipotesi impossibile, togliesse il difensore all'inquisito di reato di competenza della Corte d'Assisie, imponesse l'arresto preventivo per i reati anche più leggieri, stante date circostanze eccezionali, ripristinasse quei mezzi ferali ed abominevoli di strappare la verità dalla bocca del colpevole a cui si pensa con raccapriccio, dovrebbe la nuova legge in

(1) Op. cit.

Ma, come abbiamo osservato, non vi possono essere nell'accusato diritti acquisiti a speciali mezzi di prova. Non può dirsi che le nuove leggi probatorie, introducendo un nuovo mezzo migliore per la ricerca della verità, peggiorino la condizione di difesa del reo. Le leggi probatorie essendo il fondamento della retta amministrazione della giustizia, sono eminentemente d'ordine pubblico e non possono per nessuna privata considerazione soffrire ostacolo alla loro azione per le pretese d'un privato sul quale pende un processo penale.

Si noti che noi abbiamo parlato di leggi probatorie propriamente dette e che perciò non crediamo di nuocere per nulla all'applicazione d'altri principii a quelle leggi, che probatorie in apparenza sono in sostanza riflettenti elementi stessi di diritto penale e perciò da applicarsi col criterio di diritto transitorio penale.

CAPO IV.

Dell'applicazione del canone di gius transitorio procedurale penale al rito processuale.

Le leggi relative alla istruzione strettamente intesa e quelle relative al dibattimento, relative alla posizione di tutti gli atti del periodo inquisitorio e del periodo accusatorio nel procedimento misto, hanno per solo ed unico scopo, come ogni altra legge processuale largamente intesa, di pervenire alla scoperta della verità circa un fatto criminoso tutelando con giusta misura la libertà individuale nell'inquisito e nell'accusato e la sicurezza sociale. Ora le leggi nuove, solo per questo che sono nuove, si devono presumere più proprie a raggiungere lo scopo e devono essere applicate retroattivamente, ovvero anche alle procedure non cominciate per fatti anteriormente commessi e cominciate e non finite sotto l'im-

pero delle leggi precedenti. Molti e svariati sono gli atti che durante i due accennati periodi di procedimento devono essere intrapresi dall'accusatore, dal reo e dal giudice, elementi d'ogni penale giudizio; ma non vi ha ragione alcuna di non applicare subito la nuova legge, la quale segna una via migliore per raggiungere il supremo scopo del trionfo della giustizia.

Il Gabba (1) partendo sempre dal principio regolatore di questa materia da lui adottato, sostiene che le leggi di rito sono retroattive, solo in quanto non influiscono nè sulla pena, nè sul diritto della difesa.

Tale formola, colla quale intenderebbe risolvere ogni questione di retroattività nelle leggi di rito, oltrechè a me pare alquanto incerta e di difficilissima applicazione, essendo in pratica arduo assai soprattutto determinare quali sono le leggi che influiscono sul diritto della difesa, pecca di grave inesattezza in quanto che suppone, che scopo delle leggi di procedura sia quello di giovare o nuocere al delinquente; migliorare o peggiorare la sua condizione, secondo l'indole dei tempi e non quello della scoperta della sua innocenza o colpevolezza, della scoperta del vero. Nessuna legge procedurale deve dirsi più mite o più severa. La legge nuova deve per contro presumersi sempre la più adatta a raggiungere lo scopo di amministrare rettamente la giustizia, e quindi l'unica applicabile.

È per questo che non esitiamo ad affermare, che quand'anche la legge nuova, per ipotesi impossibile, togliesse il difensore all'inquisito di reato di competenza della Corte d'Assisie, imponesse l'arresto preventivo per i reati anche più leggieri, stante date circostanze eccezionali, ripristinasse quei mezzi ferali ed abbominevoli di strappare la verità dalla bocca del colpevole a cui si pensa con raccapriccio, dovrebbe la nuova legge in

(1) Op. cit.

forza del ripetuto canone di *gius* transitorio procedurale applicarsi ed ai giudizi inizianti su fatti anteriormente commessi ed ai giudizi cominciati e non chiusi da sentenza irrevocabile, perchè quegli atti di rito processuale sono quelli che rappresentano l'ultima espressione della scienza e del sentimento universale intorno alla bontà di tali mezzi per attuare la giustizia.

Non può il reo respingere l'applicazione della legge nuova perchè lo privi di un mezzo di difesa, lo sottoponga al carcere preventivo, gl' infigga un male che non figurava nei mezzi di procedura quando commise il reato. Giacchè tali innovazioni, per quanto in apparenza deteriorino la condizione del reo, sono pure i mezzi giudicati più sicuri per ottenere del reo una dovuta assoluzione o condanna. E valga il vero, o l'inquisito od accusato è innocente e la legge nuova deve presumersi offrire alla innocenza tutte le garanzie di cui può aver bisogno per trionfare; poichè senza questa presunzione la legge nuova sarebbe illegittima anche riguardo ai fatti posteriori alla sua promulgazione; o è colpevole e non si può ammettere che la colpa debba avere un diritto acquisito contro la società ad una legge viziosa, che gli permette di sottrarsi ad una giusta pena.

Questa dottrina venne consacrata anche nella giurisprudenza. La Corte di Cassazione sedente in Milano stabiliva, che le leggi di procedura e d'istruzione sono obbligatorie dalla loro pubblicazione, in quanto concernono le cause sì pendenti sì avvenire (1); e prima ancora la stessa Corte proclamava la massima, che le leggi concernenti le forme dei giudizi sono leggi di diritto pubblico interno, che entrano in osservanza dal giorno in cui il legislatore, mosso da considerazioni d'interesse pubblico e generale, abbia voluto introdurre più pronti, efficaci e sicuri mezzi di una buona amministrazione della

(1) Sent. 20 luglio e 26 agosto 1864.

giustizia, od alle forme già stabilite abbia creduto dover altre sostituire. Nessun accusato o delinquente può invocare alcun preteso diritto per lui acquisito ad essere giudicato in altro modo; nè può con fondamento plausibile pretendere che le cessate diverse norme di procedura abbiansi tuttavia per lui a seguire, perchè dal reato non nasce in chi n'è accusato alcun diritto ad essere giudicato in uno anzichè in altro modo; nè si potrebbe tener conto di una vana speranza o lusinga che fosse in lui al momento del perpetrato crimine di non poter esserne legalmente riconosciuto colpevole giusta la legge allora esistente (1). Giurisprudenza che venne seguita poi dalla stessa Corte in Torino, sentenziando, che le leggi le quali creano forme novelle d'istruzione sono obbligatorie dal giorno della loro promulgazione e sottomettono al loro impero tutti i procedimenti non per anco terminati con un giudizio definitivo, a meno di una speciale disposizione in contrario; il delinquente non può imporre l'obbligo alla società di conservare o ristabilire al tempo in cui egli verrà ad essere giudicato norme di procedura, forme di giudizio che non si reputano convenienti od opportune (2).

L'essere per regola retroattiva la legge di rito non implica che nessun conto si debba tenere degli atti di procedura già compiuti od in corso anteriormente alla pubblicazione della nuova legge, o che il legislatore non possa e non debba talvolta per altre considerazioni stabilire con disposizioni espresse di diritto transitorio qualche deroga a quel principio.

È però indispensabile in tale caso che gli atti di procedura compiuti siano coordinati alla nuova legge e che vi sia una disposizione legislativa che determini e gli atti di vera istruzione che debbono ritenersi fermi e quelli del dibattimento che debbono condursi a termine secondo l'antica legge.

(1) Sent. Cass. Milano, 16 gennaio 1863.

(2) Corte Cass. Torino, sent. 4 giugno 1866.

Riguardo al dibattimento soprattutto molte ragioni, l'economia del giudizio, la brevità del dibattimento, il bisogno di conservarne l'unità, la difficoltà di condurre un dibattimento il quale è l'atto terminativo del processo con una legge diversa da quella che ha regolato gli atti anteriori, possono legittimare una disposizione transitoria la quale derogando al principio di retroattività, stabilisca che i dibattimenti già incominciati vengano condotti a termine secondo l'antica legge.

Non possiamo pertanto che approvare il sistema adottato nelle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice di procedura penale vigente dal legislatore, il quale dopo aver dichiarato che l'istruzione delle cause penali, incominciata prima dell'attuazione del Codice di procedura penale, sarà continuata e condotta a termine in conformità del medesimo, successivamente dichiarò di voler ritenere ferma la validità degli atti terminati con decreto, sentenza, od ordinanza d'invio al giudizio, o di sottoposizione ad accusa e che i dibattimenti incominciati all'attuazione del nuovo codice venissero continuati nella forma e giusta le norme prescritte dalle leggi anteriori di procedura (1).

Eccezioni tanto circoscritte, che non impediscono che la società venga a fruire subito di quasi tutti i vantaggi della nuova legge.

CAPO V.

Dell'applicazione del canone di gius transitorio procedurale-penale alla sentenza ed ai suoi rimedii.

La sentenza verta sulla accusabilità o no dell'inquisito, verta sulla punibilità o no dell'accusato, sia riparabile, sia

(1) R. D., art. 2, art. 3, art. 6.

irreparabile, non perde il carattere di un atto di procedura: atto però altamente importante che rappresenta la sintesi di tutto il giudizio, esso dev'essere tale, che ne risulti che furono rispettate tutte le guarentigie della sicurezza sociale e dei diritti dell'individuo e che dimostri di contenere veramente l'intimo giudizio dei giudici intorno al reato ed al suo autore e se questo giudice sia competente a pronunciare sì per intrinseca, sì per estrinseca giurisdizione (1).

La sentenza deve pertanto avere una forma interna ed esterna determinata dal legislatore sulla base dei principii su cui si fonda tutta la procedura e nello scopo di meglio dichiarare e conservare la verità del giudizio.

Ora niun dubbio avanti tutto che una legge nuova, la quale stabilisca una nuova forma di sentenza apportando qualche modificazione, o alla redazione, o alla pubblicità di essa, od alla motivazione, od alla declaratoria che deve contenere, deve avere effetto retroattivo, siccome quella legge che per essere ultima è il migliore postulato della scienza intorno a questo oggetto.

La nuova legge sulla sentenza si applicherà quindi non solo ai giudizi da iniziarsi sopra un fatto commesso anteriormente alla pubblicazione di quella, ma anche a tutti quelli già in corso e non ancora chiusi da sentenza.

La sentenza è, quasi direi, un atto pubblico il più solenne e deve essere costituito in conformità della legge sotto l'impero della quale viene emanata.

Sono in questo concordi tutti gli scrittori.

Ma assai più grave e di ben più difficile soluzione è il quesito dell'efficacia della nuova legge che risguardi i rimedii concessi contro la sentenza.

Non trova ancora serie opposizioni l'opinione che dà effetto retroattivo a quella legge che introduca, modifichi o sopprima

(1) CANONICO. *Del giudizio penale*, p. 257.

un rimedio qualunque ad una sentenza, nel senso che debba venire applicata a tutti i giudizi non ancora principiatì su fatti antecedentemente commessi, o su giudizi in corso, ma non ancora chiusi con un giudicato.

Ma la questione di diritto transitorio procedurale si fa più viva lorquando si consideri la legge nuova, che modifica i rimedii della sentenza rimpetto ad una sentenza già pronunziata prima della promulgazione della legge. Potrà questa togliere tutti o parecchi rimedii ad una sentenza pronunziata sotto la legge anteriore? Potrà concedere un rimedio nuovo contro una sentenza la quale non sia ancora definitiva, ovvero che, priva già di rimedii secondo l'antica legge, sarebbe passata in cosa giudicata? Potrà cioè la legge nuova togliere qualche rimedio o peggio render definitiva una sentenza riparabile, aumentare i rimedi contro una sentenza non ancora definitiva o render riparabile una sentenza passata già in cosa giudicata?

Molti scrittori, fra cui il Bertauld (1), Vandepoll (2) ed alcune legislazioni (3), rispondono negativamente all'una ed all'altra questione proposta; alla prima perchè a loro avviso la sentenza non definitiva dà al condannato un diritto acquisito ai rimedii concessi dalla legge anteriore, che non possono essere tolti dalla legge nuova; alla seconda perchè l'autorità della cosa giudicata non permette che la legge nuova accordi alcun rimedio nè a danno nè a favore dell'accusato.

Ma sulla questione della non retroattività della legge nuova che priva il condannato di un rimedio, ricorderò ciò che molte volte fu detto, che i reati, le leggi penali e le sentenze penali non possono essere fonte e modo d'acquisto di diritti: il reo non può mai allegare un vero diritto ai rimedii contro la sentenza di condanna che non ha ancora forza di cosa giu-

(1) Op. cit.

(2) Op. cit.

(3) Legge transitoria ital. 26 novembre 1860 per l'attuazione del Codice di procedura penale nell'Emilia (art. 4, 6). Legge transitoria 30 novembre 1863 citata (art. 7).

dicata. I rimedii contro le sentenze di qualunque grado, non meno che la pluralità successiva dei giudici, sono una parte del gran sistema col quale la società tenta di ricercare la verità per amministrare rettamente la giustizia.

L'ultimo sistema proposto deve ritenersi il migliore, il più favorevole al reo ed alla società ad un tempo. Togliendo la legge nuova un mezzo di riparazione ad una sentenza non diminuisce i mezzi di difesa nè del reo, nè della società, ma fa l'interesse ad un tempo della libertà individuale e della sicurezza sociale procurando economia e celerità nel giudizio.

Quindi, applicando il canone di *gius* transitorio procedurale penale, noi crediamo che per regola debba ritenersi retroattiva anche la legge che toglie tutti o qualcuno dei rimedii concessi contro una sentenza pronunciata prima della sua promulgazione.

Non nego però, che ogni qual volta il legislatore al rimedio od a tutti i rimedii concessi dalla legge anteriore i quali ha soppressi abbia sostituito nel nuovo insieme della procedura nuove guarentigie, che non figurassero nella intera procedura abolita, deve con disposizioni transitorie espresse, provvedere che anche le sentenze già profferite siano circondate da tutte quelle cautele che nel concetto stesso del legislatore corrispondano meglio all'ultimo sistema adottato. Ma tolta una disposizione espressa non mi pare che la questione di diritto transitorio relativa alla soppressione di rimedii delle sentenze debba venire risolta diversamente dalle antecedenti questioni relative al diritto transitorio procedurale.

Sulla questione poi della non retroattività della legge nuova, che aumenti i rimedii contro una sentenza, opino che sia stata esagerata l'importanza della cosa giudicata.

In vero, o la sentenza non è ancora definitiva alla attuazione della legge nuova che apporta nuovi rimedi, ed allora non vi ha offesa alcuna alla cosa giudicata non ancora esistente, e la legge nuova deve subito applicarsi e subito debbono

venire adottati i nuovi rimedi; oppure quando si attua la nuova legge la sentenza è già passata in cosa giudicata, ed allora credo bensì che la semplice promulgazione della nuova legge non autorizzi il giudice a ritoccare sentenze definitive; ma, in conformità di quanto venne stabilito riguardo alla retroattività della legge penale sulla cosa giudicata, io penso che il legislatore possa e debba con disposizione transitoria espressa investire il giudice della necessaria facoltà per applicare i nuovi rimedi.

Per tal modo anche la legge procedurale relativa ai rimedi contro le sentenze a me pare possa venir ritenuta per regola generale retroattiva. — Non occorre poi di accennare che anche la procedura per isperimentare i rimedi legali contro le sentenze dev'essere regolata unicamente dall'ultima legge.

SEZIONE III.

Principio di retroattività nella prescrizione del reato e della pena.

Per risolvere tutte le questioni di diritto transitorio penale in materia di prescrizione è essenziale il determinare prima se le leggi intorno alla prescrizione siano di diritto penale o di procedura; se di sostanza o di forma, se loro applicabile il canone di *gius* transitorio penale, ovvero il canone di *gius* transitorio procedurale.

Si può dire, come già venne accennato, che le leggi sulla prescrizione non hanno un carattere ben determinato, ma un carattere misto che partecipa ad un tempo delle leggi di sostanza, delle leggi di forma e delle leggi d'ordine pubblico. Da un lato esse appartengono alle leggi di forma in un certo senso, imperocchè esse regolano un punto di procedura, precisando le condizioni d'esercizio dell'azione penale. Da un altro lato non è veramente esatto il ritenere di pura forma una legge che statuisca sopra una delle condizioni essenziali all'esistenza della infrazione della legge penale. È poi per altro verso incontestabile che le leggi di prescrizione in materia criminale sono essenzialmente leggi di ordine pubblico. Prova ne sia che il delinquente non può rinunciare all'eccezione perentoria che nasce dalla prescrizione, ed a cui il giudice deve occorrendo supplire d'ufficio.

Di qui appare già manifesto che la legge sulla prescrizione penale ha un carattere speciale che la distingue dalle altre leggi e l'allontana soprattutto dalla legge di sostanza, ossia di diritto penale propriamente detto.

Ma per stabilire il vero canone di *gius* transitorio in questo argomento converrà che esponiamo in succinto il fondamento giuridico di questo istituto.

Limitandoci allo strettamente necessario per risolvere le questioni transitorie diremo che il fondamento della prescrizione dell'azione penale e della pena è riposto nel difetto d'interesse nella società di promuovere l'azione penale, o l'esecuzione d'una condanna contro un fatto, che, stante il lasso di tempo trascorso, ha cessato di produrre il danno sociale, e che perciò toglie alla società l'esercizio del diritto di punire; e che riguardo alla prescrizione dell'azione penale, al difetto di interesse nella società si deve aggiungere la somma difficoltà di potere ricercare la verità sul fatto criminoso e sul suo autore.

Nè l'una, nè l'altra prescrizione è stata stabilita nell'interesse del reo o del condannato. Sarebbe assurdo il supporre che la prescrizione del reato abbia per iscopo di affrancare un malvagio da una penalità meritata, che la prescrizione della pena si proponga di usare un'indulgenza, un atto di pietà e di perdono verso il condannato.

Così pure non si può supporre che fondamento della prescrizione siano il rimorso ed i timori di persecuzione, primo supplizio di un colpevole, in quanto debbano intendersi tener luogo della pena; poichè vi sono uomini inaccessibili ai rimorsi, e certe infrazioni della legge penale non possono produrre grave rimorso anche nell'animo dei migliori.

Alcuni scrittori disconoscendo il fondamento della prescrizione e ritenendo che l'ingiustizia di un atto non si cancella col decorso del tempo e confondendo così la giustizia assoluta colla giuridica, non ammettono la prescrizione dei reati e

della pena. Lo stesso Codice penale austriaco ed il bavarese non ammettono la prescrizione di certi reati e l'ultimo Codice germanico lo rende almeno alquanto illusorio.

Ma la gran parte delle legislazioni moderne accettando pienamente la dottrina della prescrizione differiscono poi nello stabilire le condizioni di essa come l'epoca da cui deve decorrere la prescrizione, la sua durata, il modo di computarla, ed il modo d'interromperla.

Parimente nell'avvicinarsi delle leggi d'un popolo accade non di rado che una nuova legge sulla prescrizione differisca dall'antica intorno alla ammissibilità o non di essa, sia per l'azione penale, sia per la pena ed intorno ai requisiti di essa e soprattutto intorno alla durata del tempo per la prescrizione.

In tal caso sorge la questione di diritto transitorio, che converrà risolvere.

È fuori di dubbio che la retroattività o non d'una nuova legge sulla prescrizione penale dev'essere determinata col soccorso di quei principii che discendono e dal carattere di questa legge e dal fondamento della prescrizione.

Quattro principali opinioni si manifestarono in questa materia.

Secondo una prima opinione, alla prescrizione del reato e della pena deve sempre applicarsi la legge anteriore, ossia quella, sotto la quale essa cominciò a decorrere, perchè ciò è più conforme ai principii che regolano questa materia in diritto civile e perchè nella prima legge si radica a favore dell'accusato e del condannato un diritto acquisito. Ma tale opinione confonde il diritto transitorio penale col civile, non ha concetto esatto del diritto acquisito.

Una seconda opinione vorrebbe applicate alle prescrizioni che decorrono sotto due leggi differenti ambedue le leggi in proporzione del tempo che decorse e del tempo che decorre sotto l'impero di ciascheduna. — Opinione sostenuta prima ed abbandonata poi dal Merlin, condannata come bizzarra dal

Brun de Villeret e che, come bene osserva il Meynne e lo stesso De Villeret, introduce una prescrizione affatto nuova che non è più nè di una legge, nè dell'altra.

Una terza scuola, quella che è più generalmente seguita dalla giurisprudenza e dalle legislazioni, è quella che vorrebbe applicato alle nuove leggi sulla prescrizione il principio fondamentale che presiede a tutta la dottrina della retroattività in diritto penale facendo retroagire la nuova legge sulla prescrizione penale se più favorevole al reo della precedente, non, se meno favorevole (1). Nè a tale opinione manca il suffragio della giurisprudenza (2) e delle legislazioni (3). Anche il progetto di Codice penale italiano stabilisce, che, qualora le disposizioni della legge vigente al tempo del reato relative alla prescrizione dell'azione penale e delle pene siano diverse da quelle della legge posteriore, si applica la legge più favorevole all'imputato o condannato (4).

L'unica ragione che si adduce a sostegno di tale opinione è che, siccome la pena più mite dev'essere sempre preferita, così dovrà sempre venir preferita la prescrizione più breve, sia stabilita dalla nuova o dall'antica legge, perchè più favorevole all'imputato o condannato. — Ma tale dottrina parte da basi evidentemente erronee. È dimostrato che la legge sulla prescrizione ha un carattere diverso da quello della legge penale propriamente detta. Il canone di *gius transitorio* penale non è applicabile alla prescrizione. Scopo della legge sulla prescrizione non è quello di favorire il reo, sia imputato, sia condannato, ma è d'impedire che venga perseguitato l'autore di un fatto, di cui la società non prova, non ricorda i tristi effetti sul sentimento di sicurezza e d'impe-

(1) MANGIN, op. cit.

(2) Corte Cass. di Parigi, Sent. 18 giugno 1812. — Corte Cass. di Firenze, Sent. 4 giugno 1872.

(3) L. del Brunswick, l. prussiana.

(4) Prog. cit., art. 116.

dire talvolta che venga offesa la giustizia con una sentenza iniqua contro un fatto di cui non si conserva più traccia. Fondata su basi erronee, misconosciuto il carattere della legge sulle prescrizioni ed il fondamento stesso della prescrizione, nessuna meraviglia che anche questa dottrina non corrisponda ai veri principii della scienza di diritto transitorio.

Noi abbracciamo pertanto una quarta dottrina e non esitiamo ad affermare che la legge nuova sulla prescrizione dell'azione penale, non meno che della pena, è per natura retroattiva e dev'essere immediatamente applicata a tutte le prescrizioni non ancora incominciate contro fatti antecedentemente commessi, portati o non a giudizio, ed alle prescrizioni già in corso. E se, per ipotesi inverosimile, la legge nuova togliesse la prescrizione, anche in tal caso dovrebbe retroagire.

E valga il vero, se la legge nuova allunga la durata della prescrizione, motivo è che la società considera riguardo alla azione penale che la commozione sociale dura più a lungo e che si sono attuati mezzi d'istruzione più sicuri per constatare il legame che unisce l'autore al reato; riguardo alla pena che la inesecuzione della condanna durante il tempo già fissato dalla legge antica è insufficiente per far dimenticare il reato la pena che gli venne inflitta, e, possiamo aggiungere, lo sfregio usato contro la magistratura. E quest'opinione espressa nella nuova legge deve essere giudicata vera non solamente per i fatti posteriori, ma per i fatti anteriori, e perciò essa deve far regola senza riguardo alcuno alla data delle trasgressioni e delle condanne; dal momento che è riconosciuto, che la prescrizione non è una generosità per il reo, ma una conseguenza dell'interesse od almeno della mancanza d'interesse sociale, che pure è uno degli elementi del fondamento del diritto di punire.

Se poi il legislatore abbrevia la durata della prescrizione, la legge nuova che raccorcia tale durata deve pure applicarsi con effetto retroattivo; ma non già perchè più mite, più fa-

vorevole al reo od al condannato, ma perchè questa è l'ultima espressione dell'opinione della società sul vero suo interesse.

Tale è la soluzione necessaria della questione di diritto transitorio in prescrizione per chiunque ravvisi in questa un vero principio d'ordine pubblico.

Respingiamo pertanto anche la dottrina di quei pochi i quali (1), ritenendo la prescrizione della pena come un effetto della sentenza, mentre ammettono si debba applicare alla prescrizione dell'azione penale l'ultima legge, vorrebbero sempre regolata dalla legge vigente al tempo della sentenza la prescrizione della pena.

Le ragioni da noi esposte si applicano così alla prescrizione dell'azione penale, così alla prescrizione della pena. Comune è il fondamento di queste due prescrizioni, identico il carattere. Non può quindi la sentenza avere azione sulla legge nuova, la quale, secondo la dottrina di retroattività, deve imperare sul passato quando si riferisce alla prescrizione del reato, non altrimenti che quando rifletta la prescrizione della pena.

Io faccio voti, che le opinioni da me propugnate trovino conferma autorevole nelle discussioni parlamentari imminenti e vengano tradotte in disposizione legislativa.

(1) GABBA e VAZEILLE (ap. BRUN DE VILLERET, p. 69).



I N D I C E

Proemio	pag. 5
Considerazioni generali	" 9

SEZIONE PRIMA. Principio di retroattività in diritto penale.

TITOLO I. Fondamento del diritto di punire	" 11
TITOLO II. Questioni a cui si riduce la teorica della retroattività in diritto penale	" 15
TITOLO III. Applicazione della teorica del fondamento del diritto di punire alla soluzione delle questioni di <i>gius</i> transitorio penale	" 16
Capo I. Della non retroattività della legge penale che stabilisce un reato nuovo	" 23
Capo II. Della retroattività della legge più mite vigente al tempo del giudizio	" 25
§ 1. Della legge penale intermedia fra l'esecuzione del reato e la condanna	" 27
§ 2. Dell'applicazione della nuova legge penale più mite nei differenti stadi del processo	" 32
Capo III. Della non retroattività della legge più severa vigente al tempo del giudizio	" 35
Capo IV. Della retroattività della nuova legge penale più mite sulla cosa giudicata	" 37
Capo V. Della non-retroattività della legge più severa sulla cosa giudicata	" 45
Capo VI. Della retroattività della nuova legge che cancella un reato pre-esistente	" 46
Appendice	" 47
Regola d'ermeneutica	" 50
TITOLO IV. Degli obbietti, cui si applicano i canoni di <i>gius</i> transitorio in diritto penale	" 52
Capo I. Dei canoni di diritto transitorio penale applicati al reato	" 53
Capo II. Dei canoni di diritto transitorio penale applicati alla pena	" 58

SEZIONE II. Principio di retroattività in procedura penale.

TITOLO I. Carattere della legge procedurale penale	pag. 68
TITOLO I. Canone di <i>gius</i> transitorio procedurale penale e sue applicazioni	70
Capo I. Dell'applicazione del canone di <i>gius</i> transitorio procedurale penale alla istanza pubblica ed alla privata	71
Capo II. Dell'applicazione del canone di <i>gius</i> transitorio procedurale penale all'ordinamento giudiziario, alla giurisdizione ed alla competenza	73
Capo III. Dell'applicazione del canone di <i>gius</i> transitorio procedurale penale alle prove	80
Capo IV. Dell'applicazione del <i>gius</i> transitorio procedurale penale al <i>rito</i> processuale	82
Capo V. Dell'applicazione del canone di <i>gius</i> transitorio procedurale penale alla sentenza ed ai suoi rimedii	86

SEZIONE III. Principio di retroattività nella prescrizione del reato e della pena 91





TESI
PER CONCORSO D'AGGREGAZIONE

AL COLLEGIO DI GIURISPRUDENZA

NELLA R. UNIVERSITÀ DI TORINO

PRESENTATE

dall'Avvocato

BASILIO CALDERINI

—
Marzo 1875
—

DIRITTO CIVILE.

I.

Non mi pare conforme alla natura umana ed ai principii di giustizia la disposizione del Codice civile (1), che non ammette di regola generale le indagini sulla paternità.

II.

Non credo degno di approvazione neppure il disposto dello stesso Codice (2), che escludendo il figlio naturale, ancorchè riconosciuto, dalla successione dei beni dei congiunti del padre e della madre, esclude pure il fratello naturale dalla successione al fratello naturale.

III.

Non giudico infine conforme ai principii di libertà delle contrattazioni la disposizione dello stesso Codice (3), che vieta ogni stipulazione intorno ad una successione non ancora aperta.

DIRITTO COSTITUZIONALE.

I.

La responsabilità ministeriale è condizione necessaria ad ogni Governo costituzionale.

II.

Nessun atto del Governo sfugge alla responsabilità ministeriale.

III.

Tale responsabilità è individuale e distinta, di ciascun ministro, per gli atti che egli firma o che lascia compiersi nella cerchia delle sue attribuzioni; solidaria, di tutti i ministri, per quegli atti che sono il risultato di deliberazioni formali, prese collettivamente.

(1) Art. 189.

(2) Art. 749.

(3) Art. 1118 alin.

DIRITTO AMMINISTRATIVO.

I.

Se il Comune è una frazione dello Stato, deve però in omaggio al principio d'un ben inteso discentramento, costituire un Corpo morale distinto, avere una amministrazione distinta, che esprima i suoi bisogni e vi provvegga direttamente.

II.

Il Sindaco, capo dell'Amministrazione Comunale, deve essere ad un tempo ufficiale del Governo; perciò non può essere una pura emanazione del Consiglio Comunale, senza che l'unità dello Stato corra pericolo.

III.

Il miglior sistema è quello che dà una giusta parte nella nomina del Sindaco al Consiglio Comunale ad un tempo ed all'Autorità Governativa.

DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO E PRIVATO.

I.

Gli atti che l'ambasciatore compie quale privato e non quale rappresentante del Sovrano, dal quale è inviato, non sono sottratti alla giurisdizione locale. La finzione della *extra-territorialità* dell'ambasciatore non può essere estesa oltre i limiti segnati dal suo fondamento.

II.

Non è valido e non può produrre nessun effetto in Italia il testamento congiuntivo, benchè sia stato fatto in un paese dove sia ammessa tale forma di testamento.

III.

Lo straniero, sebbene abbia ottenuto divorzio legale nella sua patria, non può unirsi validamente in matrimonio in Italia.

ECONOMIA POLITICA.

I.

Non si può determinare in modo assoluto se sia più vantaggiosa la piccola o la grande cultura. La soluzione di tale quesito dipende dalla natura dei luoghi e dai generi di produzione.

II.

La piccola proprietà non è per se stessa di ostacolo al progresso dell'agricoltura, specialmente se viene sussidiata dalle Società di Credito Fondiario ed Agricolo. Il principio d'associazione concilia la grande cultura colla piccola proprietà.

III.

La mano-morta, sia ecclesiastica, sia civile, è il più odioso nemico ad ogni progresso nell'agricoltura, e dev'essere distrutta dalle radici, sotto qualunque forma si manifesti.



